

جامعة الإمارات العربية المتحدة

مَجَــلّة

الشريعة والقانــون



« حولية محكمة »

وقف النقود في الفقه الإسلامــي

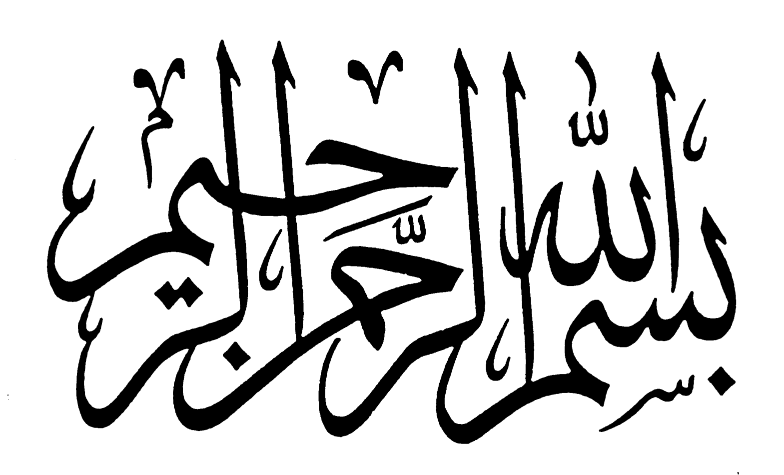
أخلاقيات الوظيفة العامة وانعكاساتها على قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة

اختصاصات مأموري الضبط القضائي في مراحل الأدلة المختلفة

دور القضاء الإداري في تحديد المصدر الحقيقي للقرار المطعون فيه

قواعد تحديد حدود البحر الإقليمي مع إشارة خاصة للقانون الاتحادي في دولة الإمارات لسنة ١٩٩٣ (باللغة الإنجليزية)

العدد الثاني عشر ذو القعدة/ ١٤١٩هـ -فبراير ١٩٩٩م


بسم الله الرحمن الرحيم

بِسْمِ اللهِ الرَّحمنِ الرَّحِيمِ

يَرْفَعِ اللهُ الَّذينَ آمنُوا مِنكُمْ والَّذينَ أوتُوا العِلمَ دَرَجاتٍ

صدق الله العظيم

ترسل البحوث باسم رئيس التحرير على العنوان التالي:
دولة الإمارات العربية المتحدة - جامعة الإمارات العربية المتحدة -
كلية الشريعة والقانون - العين - ص.ب ١٥٥٥١ - هاتف ٦٤٣٩٩٨

هيئة التحرير

الأبحاث مرتبة وفق اعتبارات فنية بحتة لا علاقة لها بقيمةالبحث العلمية ولا بمكانة الباحث ..

المحتويات

الجزء الخاص بوقائع الندوات والورش : (جزء غير محكم)

البحوث والدراسات المُحَكَّمة (باللغة الإنجليزية):

اهداف المجلة
وقواعد النشر

أولاً : أهداف المجلة :

مجلة كلية الشريعة والقانون حولية محكَّمة متخصصة تصدرها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، وتهدف إلى :

١- نشر البحوث المبتكرة والتي يعدها المتخصصون في مجالي الشريعة والقانون من أجل إثراء البحث العلمي في هذين المجالين، مع إتاحة فرص النشر والنمو العلمي لأعضاء هيئة التدريس بالكلية.

٢- توطيد الصلات العلمية والفكرية بين كلية الشريعة والقانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة ونظائرها في الجامعات الخليجية والعربية والإسلامية والعالمية .

٣- معالجة القضايا الإنسانية المعاصرة في إطار الشريعة والقانون، سيما مايختص منها بدولة الإمارات العربية المتحدة ومنطقة الخليج، والعالم العربي والإسلامي.

٤- متابعة ورصد اتجاهات الحركة العلمية في نطاق الشريعة والقانون عن طريق التعريف بالكتب والترجمات الحديثة في مجالي الشريعة والقانون، والرسائل الجامعية التي تقدم للجامعات الخليجية والعربية والإسلامية والعالمية، والمؤتمرات، والندوات العلمية التي تتناول قضايا الإنسان وبيئته في المجالين المذكورين، بالإضافة إلى أخبار التراث الفكري الإسلامي والعربي والفتاوى الشرعية والقانونية.

٥- إتاحة فرص التبادل العلمي مع المجلات العلمية المماثلة التي تصدرها الكليات المناظرة في الجامعات الأخرى على مستوى العالم .

ثانياً : قواعد النشر :

١ - تقوم مجلة الشريعة والقانون بنشر الدراسات الأصيلة والمبتكرة ذات الصلة بالفقه الإسلامي والقانون بفروعهما، والمتسمة بالعمق والإثراء المعرفي.

٢ - تقبل البحوث باللغة العربية أوالإنجليزية أو الفرنسية، على أن يتراوح حجم البحث بين خمسة آلاف وعشرة آلاف كلمة، (١٦-٣٢) صفحة من النوع العادي، عدا المراجع والأشكال

والصور والملاحق.

٣- يجب ألا يكون البحث جزءاً من رسالة الدكتوراه أو الماجستير التي أعدها الباحث، وألايكون قد سبق نشره على أي نحو كان أو إرساله للنشر في مجلة أخرى ويثبت ذلك بإقرار كتابي يمهره الباحث بتوقيعه.

٤- ضرورة اتباع الأصول العلمية من حيث الإحاطة والاستقصاء، والحواشي والمصادر والمراجع، إلى غير ذلك من القواعد المرعية في البحوث العلمية، مع مراعاة أن تكون مراجع وهوامش كل صفحة أسفلها.

٥- يجب أن يراعى في البحوث المتضمنة لنصوص شرعية ضبطها بالشكل مع الدقة في الكتابة.

٦- أن يكون البحث خالياً من الأخطاء اللغوية والنحوية، مع مراعاة الترقيم المتعارف عليه في الأسلوب العربي، وضبط الكلمات التي تحتاج إلى ضبط.

٧- أن يكون البحث مرقوماً على الآلة الكاتبة، أو بالحاسوب، أو مكتوباً بخط واضح، وتزود هيئة التحرير بثلاث نسخ منه.

٨- يرفق البحث بنبذة موجزة عن مُعده، تعرف به، وبسجله العلمي، وأبرز أبحاثه ومؤلفاته العلمية.

٩- يتم عرض البحث -على نحو سري- على محكمَين من الذين يقع عليهم اختيار هيئة تحرير المجلة .

١٠- يخطر أصحاب البحوث بالقرار حول صلاحيتها للنشر أو عدمه خلال مدة لاتتجاوز الشهرين من تاريخ وصوله لهيئة التحرير.

١١- تعد الأقسام العلمية لائحة المحكمين الداخليين والخارجيين وتعتمدها لجنة المجلة، وتصرف المكافآت وفقاً للقواعد المعمول بها في الجامعة .

١٢- يراعى في أولوية النشر مايلي :

أ- الأبحاث المرتبطة بمجتمع دولة الإمارات العربية.

ب- تاريخ وصول البحث لرئيس هيئة تحرير المجلة .

جـ- تنويع الأبحاث موضوعاً وأشخاصاً .

بسم الله الرحمن الرحيم

تصدير

الحمد لله رب العالمين، بقرآنه نهتدي، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، بسنته نقتدي، الذي بعثه الله بالحق وأنزل معه شريعة محكمة آياتها، مفصلة أحكامها، متسقة لاعوج فيها ولاخلل، كاملة لانقص فيها ولا اضطراب.

أما بعد، فهذا هو العدد الثاني عشر من مجلة الشريعة والقانون ، يسعدني أن أقدمه للقراء الأعزاء ، وذلك بعد إضافة باب جديد يتضمن عرضاً لبعض الندوات وورش العمل التي نظمتها الكلية، وذلك تعميماً للفائدة المرجوة من وراء مثل هذه الندوات، خصوصاً أنها تتناول موضوعات مهمة للمهتمين بالدراسات الشرعية والقانونية بوجه عام.

وهكذا تحرص هيئة التحرير على أن تكون مجلة الشريعة والقانون في أفضل صورة لها شكلاً وموضوعاً وذلك باستحداث أبواب جديدة، والتدقيق في اختيار البحوث التي تنشر، والتركيز على الموضوعات التي تهم مجتمع دولة الإمارات العربية المتحدة، وإعداد ملخصات باللغة الإنجليزية للبحوث المنشورة لإتاحة الفرصة أمام غير الناطقين باللغة العربية للإفادة منها.

وقد أدت هذه التوجهات السابقة - بحمد الله وفضله- إلى تزايد الطلب على المجلة داخل الدولة وخارجها، الأمر الذي يؤكد نجاح المسيرة الجديدة

التي تنتهجها هيئة التحرير.

ولعل الأعداد الأخيرة تحمل بوادر توجه جديد نحو معالجة المشكلات المعاصرة والعمل على حلها، وهو اتجاه نأمل أن يتعاظم في السنوات القادمة بإذن الله تعالى، من خلال الاهتمام بنظم الحكم والمعاملات المالية المستحدثة والتطورات الطبية والحاسوب وغير ذلك من الموضوعات، مع التمسك بأصالة الفقه الإسلامي وبدون إهمال لمعطيات الحياة القانونية المعاصرة.

والله أسأل أن يوفقنا جميعاً لما يحبه ويرضاه، وأن تزداد مجلتنا انتشاراً ورسوخاً ضمن المجلات العلمية المتميزة.

رئيس التحرير
الأستاذ الدكتور محمد المرسي زهرة

البحوث والدراسات المحكَمة

(باللغة العربية)

بسم الله الرحمن الرحيم

وقف النقود في الفقه الإسلامي

إعداد

الأستاذ الدكتور محمود أحمد أبوليك *

* أستاذ السياسة الشرعية بكلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة- قسم الدراسات الأساسية.



المقدمة :

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبيه الأمين، وبعد :

يعتبر الوقف من أهم ميادين البر وأغزر روافد الخير وأفسحها مجالاً وأعظمها أجراً وأبقاها أثراً، وأكثرها تاثيراً، فقد لعب دوراً بارزاً في المجتمعات الإسلامية عبر العصور المختلفة، فكم خرجت مدارسه من علماء، وكم حفظت مكتباته من مخطوطات، وكم آوت ملاجئه من أيتام، وكم عالجت مشافيه من مرضى، وكم واست موارده من منكوبين وساندت من دعاة، وعمرت من مساجد وأنشأت من مرافق، وقدمت من خدمات في مختلف المجالات مما يكاد يعيى على العد والحصر.

هذا، ورغم ما للوقف من أهمية، فإن كثيراً من أحكامه مبناها على الاجتهاد قياساً على سابقة، أو تفريعاً على قاعدة أو مراعاةً لعرف، أو توخياً لمقصد من مقاصد الشريعة، والاجتهاد بطبيعته وبما فيه من عنصر عقلي بارز يقبل الاختلاف، ويتسم بالمرونة، الكفيلة باستيعاب المتغيرات الحياتية والاجتماعية والاقتصادية الجديدة من غير خروج على قواطع الشريعة ولا مجافاة لنصوصها الثابتة.

وساتناول في هذا البحث إحدى المسائل الاجتهادية في الوقف، وهي وقف النقود في الفقه الإسلامي وقد جعلته في تمهيد ومباحث أربعة وخاتمة؛ كما يلي:

التمهيد : تعريف الوقف ومشروعيته وحكمه.

المبحث الأول : آراء العلماء في وقف المنقول.

المبحث الثاني : مشروعية وقف النقود ومستندها.

التمهيد
(تعريف الوقف - مشروعيته - حكمه)

أولاً : تعريف الوقف :

الوقف لغةً:

هو الحبس والمنع، وبه جاء الحديث: «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها»[1]، والوقف بهذا المعنى جاء في القرآن الكريم، قال تعالى: ﴿وقفوهم إنهم مسئولون﴾[2].

وفي الاصطلاح له تعريفات كثيرة:

فقد عرّفه السرخسي بانه "حبس المملوك عن التمليك من الغير"[3].

وعرّفه خليل بن إسحاق صاحب المختصر في الفقه المالكي بانه "جعل منفعة مملوك ولو باجره أو غلته لمستحق مدة ما يراه المحبِّس"[4].

وعرفه في شرح المنهج بانه "حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح"[5].

ولسنا بصدد مناقشة هذه التعريفات أو غيرها، وإنما يكفي أن نشير إلى أن من أحسن التعريفات -في نظرنا- تعريف ابن قدامة وهو "تحبيس الأصل

---

(١) رواه مسلم من حديث ابن عمر، انظر: صحيح مسلم بشرح النووي ٩٦/٦، طبعة دار أبي حيان.

(٢) سورة الصافات، أية ٢٤.

(٣) المبسوط للسرخسي ٢٧/١٢، دار المعرفة، بيروت.

(٤) انظر: الشرح الصغير للدردير على مختصر خليل ٩٧/٤-٩٨، مطبعة دار المعارف بمصر.

(٥) انظر: حاشية الجمل على شرح المنهج لزكريا الأنصاري ٥٧٦/٥، دار إحياء التراث العربي.
وانظر كذلك: قليوبي وعميرة ٩٧/٣، دار إحياء الكتب العربية بمصر.

وتسبيل المنفعة "[1]، فهذا التعريف يتسم بالوضوح والإيجاز، فهو يبين حد الوقف وحقيقته، ولا يتعرض للتفصيلات، ويعتبر، على وجازته، جامعاً مانعاً كذلك. وهو مأخوذ من حديث النبي صلى الله عليه وسلم، في رواية الشافعي، لما أراد عمر أن يتقرب بأرض أصابها في خيبر فقال له: «حبس الأصل وسبل الثمرة»[2].

ثانياً: مشروعية الوقف:

لم يرد في القرآن الكريم ذكر للوقف بمعناه الاصطلاحي، ولكن من حيث إنه قربة وصدقة وتبرع بريع الأعيان الموقوفة في وجوه البر وسبل الخير يعتبر مشمولاً بما جاء في الآيات التي تدعو إلى الخير والإحسان، والإنفاق في سبيل الله، قال تعالى: ﴿وافعلوا الخير لعلكم تفلحون﴾[3]، وقال: ﴿إن الله يأمر بالعدل والإحسان﴾[4] وقال: ﴿لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون ..﴾[5] ونحو ذلك من الآيات.

وأما في السنة، فقد ورد في الوقف أحاديث عديدة، أوردها الإمام الخصاف في كتابه "أحكام الأوقاف" ومنها:

ما رواه المسور بن رفاعة قال "قتل مخيريق على رأس اثنين وثلاثين شهراً من مهاجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأوصى إن أصيب فأمواله

---

(١) الشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة، مطبوع على هامش المغني ٦/١٨٥، دار الكتاب العربي.

(٢) انظر: مختصر المزني، مطبوع مع شرحه "الحاوي الكبير" للماوردي ٧/٥١١، دار الكتب العلمية، بيروت.

(٣) سورة الحج، آية ٧٧.

(٤) سورة النحل، آية ٩.

(٥) سورة آل عمران، آية ٩٢.

لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقبضها رسول الله صلى الله عليه وسلم وتصدق بها "[1].

وهذه الرواية لا تذكر خصوص الوقف، ولكن جاء في روايات أخرى أنها كانت على سبيل الوقف.

وعن عمر رضي الله عنه قال: كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث صفايا وكانت بنو النضير حبساً لنوائبه، وكانت فدك لابن السبيل، وكانت خيبر قد جزأها ثلاثة أجزاء فجزءان للمسلمين وجزء كان ينفق منه على أهله[2].

وكما وقف النبي صلى الله عليه وسلم فقد وقف أصحابه.

فروي أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه حبس رباعاً له كانت بمكة وتركها [3].

وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال: أصاب عمر أرضاً بخيبر فاتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها فقال: يا رسول الله، إني أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالاً قط هو أنفس عندي منه، فما تامرني به؟ قال: إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها، قال: فتصدق بها عمر أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يورث ولا يوهب، قال: فتصدق عمر في الفقراء وفي القربى وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقاً غير متمول فيه ... الخ[4].

وأوقف عثمان بئر رومة وغيرها، وأوقف علي أرضاً بينبع، وروي الوقف كذلك عن الزبير ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت وعائشة وأسماء وأم

---

(١)، (٢)، (٣) أحكام الأوقاف لأبي بكر الشيباني المعروف بالخصاف، الطبعة الأولى، ص١ وما بعدها.

(٤) رواه مسلم، انظر: صحيح مسلم بشرح النووي ٩٦/٦.

سلمة وأبي طلحة وغيرهم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، وروي عن التابعين ومن بعدهم، واستمر عمل الأمة على ذلك، وتوارثه الناس أجمعون[1].

وفوق ذلك فالوقف داخل في الصدقة الجارية التي تمد الإنسان بالحسنات بعد وفاته حيث قال صلى الله عليه وسلم: «إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة: إلا من صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له»[2].

كما يعتبر من أدلة الوقف ما جاء في فضل بناء المساجد ومنه قوله صلى الله عليه وسلم: «من بنى مسجداً لله بنى الله له بيتاً في الجنة»[3].

ومن المعقول:

لا شك أن للوقف محاسن عديدة، سبق أن ألمحنا إلى شيء منها في المقدمة، ومن أهمها:

١-المساهمة في تغطية حاجات شرائح واسعة من المجتمع بالإضافة إلى مساهمة أنواع البر الأخرى كالزكاة والصدقات ونحوها، مما يشكل في مجمله مظلة التامينات الاجتماعية للأمة، ويعمل على رفع مستوى الفقراء ويحول دون تركز الثروة لدى قلة من الناس ﴿لئلا يكون دولة بين الأغنياء منكم﴾[4].

---

(١) انظر: أحكام الأوقاف للخصاف ص٩وما بعدها - فتح القدير للكمال بن الهمام ٢٠٧/٦، مطبعة دار الفكر.

(٢) رواه مسلم، انظر: صحيح مسلم بشرح النووي ٩٥/٦.

(٣) رواه مسلم، المرجع السابق ٣٤٠/٩.

(٤) سورة الحشر.

٢-يساهم الوقف كذلك في مختلف عمليات التنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والتعليمية وغيرها مما يخفف العبء عن الحكومات وبخاصة تلك التي تعاني من العجز في ميزانيتها، كما يسد الكثير من الفراغ الذي تتركه بعض الدول، لسبب أو لآخر، في مجال الرعاية والخدمات وغيرها.

٣-يدعم الوقف روح العمل المؤسسي والاجتماعي من خلال الجمعيات التي تشرف عليه بما يجسد وشائج الأخوة وأواصر الوحدة.

٤-في الوقف تنويع لعمل الخير وتقدير لمجالاته لإتاحة الفرصة لكل الميول والرغبات الخيرة في المجتمع لدعم ما يلائمها من هذه الميادين.

٥-يساهم الوقف في تخفيف البطالة بما يفتحه من فرص العمل في المشاريع الوقفية المختلفة.

٦-يساعد على الادخار الإيجابي وتوجيهه نحو الخير والإنتاج حيث إن ذلك من لوازم الوقف ووسائله[١].

هذه بعض الآثار الإيجابية للوقف وهي لا شك تربو على ما تمخض عنه من بعض السلبيات التي نجمت، في معظمها، بسبب اتباع الهوى وسوء التطبيق[٢].

---

(١) انظر: بحث "الأوقاف الإسلامية ودورها في التنمية" للدكتور معبد الجارحي، ضمن أبحاث ندوة الوقف الخيري المنعقدة في أبوظبي، ص١١٩ وما بعدها.

(٢) من تلك السلبيات التي ذكرها البعض أنه يمنع من التصرف في الأموال ويؤدي أحياناً إلى ركود النشاط وضعف الاستثمار لتقاعس النظار أو عدم كفاءتهم أو استئثارهم به وقد يؤدي إلى شيوع روح الخمول بين المستحقين أو ضعف الولاء السياسي للدولة، وقد يزيد عدد المستحقين كثيراً فيسبب النزاع والخصام ... الخ. =

ثالثاً: حكم الوقف:

نقصد بحكم الوقف أثره على ملكية العين الموقوفة ولزومه في حق الواقف.

المسألة الأولى: أثره في ملكية العين الموقوفة:

اختلف الفقهاء في هذه المسالة على ثلاثة أقوال[1]:

القول الأول: تبقى رقبة العين الموقوفة ملكاً للواقف، ولكن ليس له حق التصرف فيها وإليه ذهب الإمام مالك وهو الراجح عند الإمامية، ودليله حديث النبي صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه: احبس الأصل وسبل الثمرة، وقد سبق أن أشرنا إليه، وليس في هذه الصيغة ما يدل على زوال الملكية.

القول الثاني: تنتقل الملكية إلى الموقوف عليه، وهو أرجح الروايات عن أحمد، وحجته أن الوقف يصلح سبباً مزيلاً للملكية كالبيع والهبة، ولأنه لو كان تمليك المنفعة المجردة لم يلزم كالعارية والسكنى.

= انظر: "الوقف وما ينبغي أن تكون عليه أحكامه" بحث للشيخ أحمد إبراهيم، منشور بمجلة القانون والاقتصاد المصرية، العددان الرابع والخامس، السنة الثانية عشرة، ص٣٦٥ وما بعدها. وانظر أيضاً: "مشكلة الأوقاف" بحث منشور بالمجلة السابقة كذلك في العدد السادس من السنة الخامسة، ص٥٥٥ وما بعدها.

وهذه السلبيات أكثرها يتعلق بالوقف الأهلي، وما كان يصحبه في كثير من الحالات من الشطط والتجاوز في الشروط التي يشترطها الواقفون.

(١) راجع ذلك في: البحر الزخار ١٤٩/٥ - المحلى لابن حزم ١٧٨/٩، دار التراث، القاهرة - الذخيرة للقرافي ٣٢٧/٦ - فتح القدير للكمال بن الهمام ٢٠٣/٦ وما بعدها - المبسوط للسرخسي ٣٠/١٢ - المغني لابن قدامة، مطبوع مع الشرح الكبير ١٨٩/٦ وما بعدها - الحاوي الكبير للماوردي ٥١٥/٧ - محاضرات في الوقف، محمد أبو زهرة ص٩٣ وما بعدها، مطبعة دار الفكر الحديث.

القول الثالث: تكون الملكية على حكم ملك الله تعالى، وهو أرجح الأقوال عند الشافعية وإليه ذهب الصاحبان من الحنفية، وهو رواية عن الإمام أحمد وبه قال الزيدية والظاهرية.

واستدل أصحاب هذا القول بأنه في بعض الروايات: «تصدق بأصله» والصدقة تقتضي خروجه عن ملك الواقف، ولا يمكن إدخاله في ملك الموقوف عليه لأنه ليس إلا المنفعة، لذلك كان الملك لله تعالى كالعتق.

ويبدو أن المذهب الأول -مذهب مالك- هو الأولى بالصواب، وهو ما رجحه ابن الهمام الحنفي؛ لأن الملكية للواقف كانت متيقنة الثبوت، وفي زوالها شك وخلاف، والأصل بقاء ما كان على ما كان، قال في الذخيرة: «إذا ثبت الملك في عين، فالأصل استصحابه بحسب الامكان»[1].

ثانياً: لزوم الوقف:

للعلماء في هذه المسألة قولان[2]:

القول الأول: ذهب أبو حنيفة إلى أن الوقف يلزم فقط إذا كان مسجداً، وفي قول مقبرة، أو يعلقه بموته فيخرج مخرج الوصية ويتحدد بالثلث أو يحكم به حاكم لأنه فصل مجتهد فيه، وفيما عدا ذلك لا يلزم ويكون بمنزلة العارية له الرجوع فيه. وفي بعض عبارات الحنفية أن الوقف لجهة البر ابتداءً يكون الصرف عليها واجباً وجوب النذر بمعنى أنه يجب ديانةً لا

---

(١) الذخيرة للقرافي ٣٢٨/٦.

(٢) راجع: حاشية الجمل على المنهج لزكريا الأنصاري ١٨٧/٥ - قليوبي وعميرة ١٠٣/٣ - المحلى لابن حزم ١٧٧/٩ وما بعدها، دار التراث، القاهرة - فتح القدير للكمال بن الهمام ٢٠٦/٦ - المبسوط للسرخسي ٢٩/١٢ - الذخيرة للقرافي ٣٢٢/٦ - البحر الزخار ١٤٨/٥ - أحكام الوقف، عبد الوهاب خلاف ص١٤ - محاضرات في الوقف، محمد أبو زهرة ص٤١ وما بعدها.

قضاءً.

القول الثاني: ذهب الجمهور -بمن فيهم الصاحبان من الحنفية- إلى لزوم الوقف، على خلاف بينهم في اشتراط القبض أو التخلية أو التولية، بل لو شرط الخيار عندهم بطل شرطه ولزم الوقف لأن الأصل في العقود اللزوم[1].

استدل الجمهور بما جاء في حديث عمر رضي الله عنه أنه لما أراد أن يتصدق بأرض له تدعى "ثمغ" -وهي نخل بخيبر- قال له النبي صلى الله عليه وسلم في بعض الروايات: «تصدق بأصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب»[2]، وهذا هو معنى اللزوم.

وكذلك قياساً على لزوم وقف المسجد والمقبرة.

وقد تضافرت الآثار عن الصحابة بما أوقفوه واعتبروا فيه اللزوم، وقد أشرنا إلى كثير من ذلك من قبل.

وأما أبوحنيفة فقد استدل بعدة آثار ضعفها العلماء وفيها مجال للتأويل[3]، ولايتسع المقام لمناقشتها.

والصحيح مذهب الجمهور لقوة أدلته ولإطباق جماهير السلف والخلف على مشروعية الوقف ولزومه حتى قال جابر: «لم يكن أحد من الصحابة له مقدرة إلا وقف وقفاً وكتبوا في ذلك كتباً ومنعوا فيها من البيع

---

(١) الذخيرة للقرافي ٦/٣٢٦ - قليوبي وعميره ٣/١٠٣.

(٢) سبقت الإشارة إلى هذا الحديث.

(٣) انظر: فتح القدير للكمال بن الهمام٦/٢٠٦، المحلى لابن حزم٩/١٧٧-١٧٨، المغني لابن قدامة٦/١٨٦، الذخيرة للقرافي٦/٣٢٣، البحر الزخار ٥/١٤٩.

والهبة»[1]. وهو عقد يجب الوفاء به لقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾[2].

المبحث الأول
آراء العلماء في وقف المنقول

لا بد لنا من إلمامة عجلى بمذاهب العلماء في وقف الأموال المنقولة باعتبارها شاملة للنقود وغيرها وبيان الشروط التي وضعها المجيزون لوقفها، لنتبين بعد ذلك مدى انطباقها على النقود.

اتفق العلماء على صحة وقف العقار واختلفوا حول وقف المنقول ويمكن تصنيف آرائهم في ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: منع وقف المنقول أياً كان وقصر الوقف على العقار، وبه قال أبو حنيفة، ومستنده في ذلك أن وقف السلف كان في العقار، ولأن مقتضى الوقف التأبيد، والمنقول لايتابد[3].

الاتجاه الثاني: وهو اتجاه التفصيل ويمثله فقهاء الحنفية -عدا الإمام- وابن حزم.

أما فقهاء الحنفية، فقد ذهب الصاحبان إلى جواز وقف المنقول التابع للأرض كوقف ضيعة ببقرها وأكرتها[4] وهم عبيده وكذلك وقف الدولاب

(١) الذخيرة للقرافي ٦/٣٢٣ - المغني لابن قدامة ٦/١٨٧.

(٢) سورة المائدة، آية ١.

(٣) انظر: فتح القدير للكمال بن الهمام ٦/٢١٦، الذخيرة للقرافي ٦/٣١٣.

(٤) جمع أكار وهو الحراث- المعجم الوجيز ص٢١.

ومعه سـانيته[1] وعليها حبل ودلو[2] ووقف الدار بما فيهـا من متاع والأرض بما عليها من شجر؛ لأن من القواعد الفقهية المقررة أن مالايصح قصداً قد يصح تبعاً ويغتفر في التوابع مالايغتفر في غيرها[3].

كما أجاز الصاحبان وقف الكراع والسلاح، وذلك للآثار المشهورة الواردة في ذلك ومنها :

حـديث أبي هريرة قال: بعث رسـول الله صلى الله عليـه وسلم عمـر على الصدقة فقيل: منع ابن جمـيل وخالد بن الوليد والعباس عم رسول الله صلى الله عليه وسلم فـقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «مـاينقم ابن جميل إلا أنه كان فقيـراً فاغناه الله، وأما خالد فإنكم تظلمون خالداً قـد احتبس أدراعه واعتاده في سبيل الله... الحديث»[4].

وحـديث أم معـقل حيث جـاءت إلى النبي صلى الله عليـه وسلم فقـالت: يارسول الله إن أبا معقل جعل ناضحه في سبيل الله وإني أريد الحج أفأركبه؟ فقال صلى الله عليه وسلم: «اركبيه فإن الحج والعمرة في سبيل الله»[5].

---

(١) السانية الساقية - المعجم الوجيز ص٣٢٥.

(٢) الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن محمود الموصلي ٤٢/٣- دار المعرفة، بيروت- فتح القدير للكمال بن الهمام ٢١٦/٦.

(٣) مجلة الأحكام العدلية مادة رقم ٥٤، وانظر: أحكام الوقف للشيخ مصطفى الزرقا ص٥٩- دار عمار.

(٤) رواه الشيخان واللفظ لمسلم - انظر: صحيح مسلم بشرح النووي ٦٣/٤ - دار أبي حيان.

(٥) فتح القدير للكمال ٢١٧/٦. والحديث رواه أحمد في المسند ٣٧٥/٦- ت أحمد شاكر، وأبوداود في السنن ٥٠٣/٢ . ٥٠٤ -ت عزت الدعاس- انظر: تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق لابن عبدالهادي- ت د.عامر صبري. وأخرجه الحاكم كذلك ٤٨٣/١ . ٤٨٤ وضعف الذهبي أحد رواته ولكن له شواهد يتقوى بها.

فاعتبر وقف السلاح والكراع استثناء من الأصل -عند الحنفية- على سبيل الاستحسان لأن الجهاد سنام الدين فكان معنى القربة فيهما أقوى فلا يلزم من شرعية الوقف فيهما شرعيته فيما هو دونهما ولايلحق دلالة أيضاً لأنه ليس في معناهما.

غير أن محمداً أجاز كذلك وقف ماجرى العرف بوقفه كالفاس والمنشار وأدوات الخبازة والقدور والمصاحف لأن القياس يترك بالتعامل كما في عقد الاستصناع[1]، والأثر يقول: «مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»[2].

وأما ابن حزم فمذهبه قريب من الحنفية حيث أجاز الوقف في الدور والأرضين بما فيها من الغرس والبناء وفي المصاحف والدفاتر والعبيد والسلاح والخيل في سبيل الله عز وجل في الجهاد فقط لافي غير ذلك[3] اقتصاراً منه على مورد النص.

الاتجاه الثالث: وفيه توسعة دائرة المنقولات التي يصح وقفها لتشمل كل ماجاز بيعه وجاز الانتفاع به مع بقاء عينه كالعقار والحيوانات والسلاح والأثاث والعبيد وأشباه ذلك، قال بذلك جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة، ولايصح عندهم وقف مالاينتفع به إلا باستهلاكه أولايدوم الانتفاع به كالمطعوم والمشروب والرياحين المشمومة وأمثالها لسرعة فسادها[4].

---

(١) المرجع السابق ٢١٦/٦-٢١٧، الاختيار ٤٢/٣-٤٣.

(٢) أثر موقوف على ابن مسعود أخرجه عنه أحمد وغيره -انظر: مسند أحمد ٣٧٩/١ وسنده حسن.

(٣) المحلى ١٧٥/٩.

(٤) روضة الطالبين للنووي ٣١٤/٥-٣١٥، المغني لابن قدامة ٢٢٧/٦، الشرح الصغير للدردير ١٠١/٤-١٠٢، التاج الأغر في شرح نظم نضار المختصر ٨٠/٤، الذخيرة للقرافي ٣١٣/٦، البحر الزخار ١٥٢/٥، المقنع ٣٠٨/٢-٣٠٩.

غير أن للمالكية قولين في وقف المنقول على الذرية أو على قوم بأعيانهم أرجحهما الجواز، أما الوقف على جهة خيرية فجائز اتفاقاً إلا في الرقيق فيكره لرجاء العتق[1].

وحجة الجمهور الآثار السابقة التي أجازت وقف الكراع والسلاح فيقاس عليها غيرها من المنقولات بجامع الانتفاع في كل مع بقاء عين الشيء المنتفع به.

وهذا هو الراجح؛ لأنه موف بحكمة الوقف، وفيه تشجيع على الخير، وتوسيع لدائرة البر، وداخل في عموم قوله صلى الله عليه وسلم: «... أو صدقة جارية...» حيث تشمل العقار والمنقول.

والظاهرية قد وقفوا على النص، وهو مسلكهم المعروف، وأما الحنفية، وهم أهل الرأي، فكانوا أحقاء بتوسعة دائرة القياس ليشمل كل المنقولات بالضابط الذي ذكرنا.

واعتبارهم أن الأصل هو العقار، ولايصح الاستثناء فيه إلا بحكم التبعية أو بالنص أو بالعرف -كما مر- غير مسلم؛ لأن الأحاديث الثابتة في الصحيحين -والتي مر ذكرها- تشكل أصلاً بذاتها ولاتعتبر استثناءً أو استحساناً من أصل آخر مستنده الاجتهاد والنظر، وبالتالي يصح القياس عليها سواء في الجهاد أو غيره، وفي ذلك توسعة لأفق النص، وعمل بمنطوقه ومنطقه على السواء وعقود التبرع مبناها على التسامح والتيسير بقدر الإمكان.

---

(١) التاج الأغر في شرح نظم نضار المختصر ٤/٨٠.

المبحث الثاني

مشروعية وقف النقود ومستندها

لقد تبين لنا رجحان مذهب الجمهور في جواز وقف المنقولات التي يمكن الإفادة منها مع بقاء عينها، وتاسيساً على ذلك يمكن القول بمشروعية وقف النقود، وليس في الشريعة مايمنع من ذلك إلا إذا اشترط الواقف أن تبقى عينها ثابتةً لاتتحرك ولاتستعمل إذ لافائدة حينئذ منها.

بل يستحسن ألا يكون الوقف مركزاً في الأصول العقارية التي تحتاج إلى ترميم وعمارة مستمرين، ولوقف الأصول العينية كالنقود والأسهم ونحوهما محاسن عديدة، فهي لاتحتاج إلى قيّم في أغلب الأحوال، ويمكن ضبط حساباتها بعناية، فتكون بمنأى عن السرقة والخيانة والتلاعب وبمنجاة عن مظنة التفريط والإهمال. كما أن وقف المنقولات السائلة لايؤدي إلى تجميد الثروة وحبسها عن الجريان في شرايين الحياة الاقتصادية بخلاف وقف العقار الذي ينشأ عنه حبس الثروة العقارية عن التداول وهي العمود الفقري لاقتصاد المجتمع كما قد يعرضها للتعطيل أو التضييع أو إساءة الاستثمار ومالى ذلك من سلبيات.

ومع أن النقود مندرجة في المنقولات إلا أن كثيراً من العلماء من مختلف المذاهب قد خصوها بالذكر.

فقد ذكر الكمال الحنفي أن محمد الأنصاري، وكان من أصحاب زفر، سئل فيمن وقف الدراهم أو الطعام أو مايكال أو مايوزن أيجوز ذلك؟ قال: نعم، قيل: كيف؟ قال: يدفع الدراهم مضاربة ثم يتصدق بها في الوجه الذي وقف عليه[1].

(١) انظر: فتح القدير للكمال بن الهمام ٦/٢١٩.

ولم أجد للصاحبين من الحنفية ذكراً لوقف النقود إلا أن ربط الوقف بالعرف عند محمد بن الحسن، وعليه الفتوى في المذهب الحنفي، يفتح الباب لوقف النقود إذا تعارف الناس عليها، والعرف في عصرنا الراهن يتجه هذه الوجهة، ويجعل من ريع النقود الموقوفة جوائز مختلفة فضلاً عن الإقراض.

وجاء في الشرح الصغير للدردير المالكي، أن جواز وقف الطعام والعين (النقود) نص المدونة فلا تردد فيه، نعم قال ابن رشد: أنه مكروه وهو ضعيف، وأضعف منه قول ابن شاس: لايجوز[1].

ونص في إحكام الأحكام كذلك أن تحبيس نوعي العين وأجناس الطعام للسلف فيه خلاف، والمعول عليه الجواز فيهما لأن رد المثلي كرد عينه[2].

ولكن يؤخذ من بعض كتب المالكية أن وقف العين للسلف جائز بلا خلاف، وأن محل الكراهية أو المنع لمن قال به هو في العين إذا لم توقف للسلف[3].

وذكر النووي في الروضة أن في وقف الدراهم والدنانير وجهين كإجارتهما إن جوزناها صح الوقف لتكرى[4].

وجاء عن أحمد، كما ذكر ابن تيمية، مايشير إلى صحة وقف النقد حيث نقل الميموني عنه أن الدراهم إذا كانت موقوفة على أهل بيته ففيها الصدقة، وإذا كانت على المساكين فليس فيها صدقة، وإن وقفها في الكراع والسلاح

(١) الشرح الصغير للدردير ٤/١٠٢.

(٢) إحكام الأحكام على تحفة الحكام، وهو شرح محمد الكافي على منظومة ابن عاصم ص٢٤٧- دار الفكر، الذخيرة للقرافي ٦/٥٤.

(٣) التاج الأغر في شرح نظم نضار المختصر/ مختار الشنقيطي ٤/٨٠ - دار القضاء الشرعي - أبوظبي.

(٤) روضة الطالبين للإمام النووي ٥/٣١٥ - المكتب الإسلامي.

فهي مسالة لبس واشتباه، جرياً على مذهبه بوجوب الزكاة في الموقوف على جهة خاصة دون الموقوف على جهة عامة، ووجه الاشتباه في الكراع والسلاح -كما أوضح ابن تيمية- أنه قد يعينه لقوم بعينهم إما لأولاده أو غيرهم بخلاف ماهو عام لايعتقبه التخصيص[1].

قال أبو البركات: وظاهر هذا جواز وقف الأثمان لغرض القرض أو التنمية والتصدق بالربح، وهذه المسالة فيها نزاع في مذهب أحمد وكثير من أصحابه منعوا وقف الدراهم والدنانير[2].

وقد تاول القاضي رواية الميموني الآنفة وحملها على الوصية[3] وهو خلاف ظاهر اللفظ، ولاضرورة له.

وقد أشار في المغني إلى هذه الرواية حيث جاء فيه: «وقيل في الدراهم والدنانير يصح وقفها على قول من أجاز إجارتها، ورجح عدم الجواز على اعتبار أن تلك المنفعة (الإجارة) ليست المقصود الذي خلقت له الأثمان، ولهذا لاتضمن في الغصب فلم يجز الوقف بهذا القصد، بينما يجوز وقف الحلي للبس والعارية لأن منفعته مقصودة»[4].

غير أنه يفهم من كلام ابن قدامة في موضع آخر -في باب الإجارة- ترجيح صحة إجارة الدراهم والدنانير للوزن والتحلي في مدة معلومة وذكر أن أبا حنيفة قال به[5] وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، وعلل ذلك بإمكان

(١) (٢) (٣) فتاوي ابن تيمية ٣١/٢٣٤-٢٣٥.

(٤) المغني لابن قدامة ٦/٢٣٥.

(٥) المعروف عن أبي حنيفة أنه لايجيز الوقف إلا في العقار، ولعله يقصد ماعليه الفتوى عند الحنفية من جواز وفي المنقول إذا جرى به عرف وهو يشمل النقود.

الانتفاع بها مع بقاء عينها منفعة مباحة فاشبهت الحلي[1] ، فينبغي على هذا ترجيح صحة وقفها عنده.

وقد ذكر كذلك صاحب البحر الزخار من الزيدية أن في وقف الدراهم وجهين: الأول : الجواز كتاجيرها للزينة والتجمل. والثاني: المنع، وهو الأصح عنده لما ذكرنا آنفاً أنه لو غصب لم تلزم الأجرة.

والملاحظ أن أكثر الفقهاء القائلين بصحة وقف النقود جعلوا وقفها فرع إجارتها للوزن أو للزينة، والصحيح الذي يتفق وروح التشريع جواز وقف النقود ليس تفريعاً على الإجارة إنما للإفادة من قوتها التبادلية، لأن إجارتها بقصد التحلي ليظهر غنى المستاجر ومنزلته لم تجر به عادة ولم تخلق لهذا المقصد، وهو أقرب إلى السفه والعبث. وإجارتها للوزن كذلك لم تعد واردة اليوم؛ لأن الذهب (الذي كان يوزن) لم يعد له دور النقد اليدوي منذ سنة ١٩١٤ إلا على المستوى الدولي، أما بين الأفراد فقد تلاشى هذا الدور أو غدا قليل الأهمية، وحل النقد الورقي محله، وهذا النقد ليس له قيمة ذاتية داخلية، بل أضحى مجرد رموز نقدية تتوقف قيمته على أداء السلطة العامة (عامل سياسي) وعلى مدى مايتمتع به المجتمع من ثقة عامة (عامل نفسي) وعلى الطاقة الانتاجية للبلد الصادر عنه (عامل اقتصادي). هذه العوامل الثلاثة مجتمعة هي بمثابة الوزن الجديد للنقود المتداولة[2]، فلا يتأتى والحالة تلك إجارة النقود لا للوزن ولا للتحلي.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/ ١٣٠-١٣١.

(٢) انظر: مصرف التنمية الإسلامي/ رفيق المصري- ص١٧٦-١٧٧- مؤسسة الرسالة.

شبهة الانتفاع بالنقود باستهلاكها:

قد يستشكل بعضهم وقف النقود لأن من شروط وقف المنقول إمكان الإفادة منه مع بقاء أصله، والنقود لاسبيل للانتفاع بها إلا باستهلاكها. فكيف يصح وقفها؟

والجواب أن النقود تختلف عن المنقولات الأخرى من حيث إن الإفادة منها لاتكون باستهلاكها حقيقة، كما تستهلك السلع الأخرى، فهي في حد ذاتها لامنفعة فيها ولاقيمة لها، ولاتشبع حاجة من أكل أو شرب أو لباس أو غير ذلك، وتكمن فائدتها في قوتها التبادلية وتقويمها المالي للسلع والخدمات، إذ هي وسيلة عامة للمبادلات ولقياس القيم المختلفة للأشياء.

ويذكر الاقتصاديون أن للنقود خصائص عن السلع التي تمثلها:

١-عند تأدية النقود لوظيفتها فإنها تنتقل من يد لأخرى وبقدر مايكون هذا التنقل سريعاً يكون عرض النقود كبيراً فقيمتها ليس بالمقدار وحده، إنما أيضاً بسرعة التداول لتحديد الكمية وهذا أمر يجعل عرض النقود ذا طابع خاص.

٢-إن النقود مجردة من خصائص الإشباع، ومن ثم لاتستمد الطلب عليها من قدرتها أو صلاحيتها للإشباع بل تطلب لأنها وسيلة إلى ذلك.

٣-لاتهلك باستعمالها وإنما تنتقل، فهي طراز خاص لايستهلك باستعمال المرة الواحدة بل المرات المتكررة.

٤-لاتعتبر النقود ثروة في ذاتها -والكلام هنا عن النقود الورقية- فإذا أتلفت مثلاً لايخسر المجتمع شيئاً[1].

(١) انظر: المدخل إلى النظرية الاقتصادية في المنهج الإسلامي/ د. أحمد النجار ص.١٣.

وعلى هذا فإن النقود تتميز عن السلع الاستهلاكية الأخرى ولامانع من وقفها وإن كانت أعيانها تذهب بالقرض أو القراض فإن بدلها يقوم مقامها ويجعل المبدل به قائماً مقامه لمصلحة الوقف، كما أنه في حالة بيع الوقف واستبداله يقوم مايشترى بعوضه مقامه، وقد نص غير واحد من العلماء أنه إذا تعطل الوقف أو ضعف نفعه بيع واشترى بثمنه مثيله[1]، وقد ذكر ابن تيمة في الفتاوى أنه إذا كان الوقف داراً فخربت وبطل الانتفاع بها بيعت وصرف ثمنها إلى شراء دار ويجعل وقفاً مكانها، وكذلك الفرس الحبيس إذا هرم وتعطل يُباع ويُشترى بثمنه فرس يصلح لما وُقف له[2]. وإذا أتلف الوقف متلف فإنه يؤخذ منه عوضه ويُشترى به مايقوم مقامه[3].

وكذلك في حالة النقود يكون بدلها قائماً مقامها فكان عينها لم تذهب، وقرضها أشبه بالتبرع بالمنافع والعارية والمنيحة، ولذا سماه النبي صلى الله عليه وسلم منيحة، فعن البراء بن عازب قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول:« من منح منيحة لبن أو ورق[4] أو هدى زقاقاً[5] كان له مثل عتق رقبه»[6]؛ ذلك لأن المال إذا دفع لمن يستوفى منفعته مدة ثم يعيده إلى صاحبه كان هذا تبرعاً من صاحبه بمنفعة تلك المدة وإن كان لكل نوع من هذا

(١) انظر: التاج الأغر في شرح نظم نضار المختصر / مختار الشنقيطي ٧٧/٤.

(٢) فتاوى ابن تيمية ٢١٤/٣١.

(٣) فتاوى ابن تيمية ٥٤٢/٣١.

(٤) منيحة ورق أي قرض الدراهم.

(٥) هدى زقاقاً أي ضالاً، والزقاق الطريق.

(٦) رواه أحمد والترمذي واللفظ له وابن حبان في صحيحه، وقال الترمذي: حسن صحيح - انظر: الترغيب والترهيب للمنذري ٣٩/٢.

القبيل اسم خاص فيقال في النخلة عارية وفيما يُشرب لبنه منيحة[1].

فباب القرض من جنس باب العارية والمنيحة، إلا أنه أقيم تسليم المثل مقام تسليم العين، فكأنه انتفع بالعين مدة ثم ردها بذاتها وإن كان يرد بدلها في الحقيقة[2].

نخلص من كل هذا إلى صحة وقف النقود للقرض أو للاستثمار وتوزيع العائد، وفي ذلك إشاعة للوقف وتشجيع عليه وتعديد لمصادره وقنواته وتمش مع روح العصر ومرونة الفقه كما فيه تحقيق للمصلحة العامة، والأصل في عامة العقود اعتبار مصلحة الناس، فإن الله أمر بالصلاح ونهى عن الفساد وبعث رسله بتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها وقال موسى لأخيه هارون: ﴿اخلفني في قومي وأصلح ولاتتبع سبيل المفسدين﴾[3] وقال شعيب: ﴿إن أريد إلا الإصلاح ما استطعت﴾[4].

المبحث الثالث

تسبيل النقود للإقراض

إن من أهم مجالات الإفادة من وقف النقود الإقراض الخيري غير الربوي لتوفير خدمات محددة وإشباع حاجات معينة، كالإقراض لتوفير نفقات

---

(١) الفتاوى لابن تيمة ٢٩/٤٧٣.

(٢) انظر: الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية/ د.عمر عبدالعزيز الترك ص١٧٣ - دار العاصمة- الرياض.

(٣) سورة الأعراف- آية (١٤٢).

(٤) سورة هود- آية (٨٨).

الزواج أو السكن أو التعليم أو العلاج بحسب مايراه الواقف ويشترطه، ويمكن تعميم الإقراض لسد أية حاجة ماسة يواجهها الفقراء والمحتاجون، ولابد لنا من تقديم نبذة عن عقد الإقراض وبيان بعض أحكامه:

تعريف القرض:

القرض لغةً: القطع، ويأتي مجازاً بمعنى المجاوزة والترك كما في قوله تعالى: ﴿وإذا غربت تقرضهم ذات الشمال﴾[1] أي تجاوزهم وتقطعهم وتتركهم عن شمالها[2]، ويطلق أيضاً على ماقدمه الإنسان من عمل، ومنه قول أمية بن الصلت: «كل امرىء سوف يُجزى قرضه حسناً أو سيئاً ومديناً مثل مادانا»[3].

والقرض شرعاً: «ماتعطيه لتتقاضى مثله»[4]، ويسمى قرضاً لأنه قطعه من مال المقترض.

مشروعية القرض:

لاخلاف بين المسلمين في مشروعية القرض، ولاكراهة في سؤاله عند الحاجة ولامعرة على طالبه؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف

---

(١) سورة الكهف – آية (١٧).

(٢) الصحاح للجوهري ١١٠١/٣– دار العلم للملايين.

(٣) الصحاح للجوهري ١١٠٢/٣.

(٤) حاشية ابن عابدين ٦١/٥،ط٢، وانظر: الشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي ٢٩١/٣، تبيين المسالك لمحمد الشيباني ٤٥٩/٣– دار الغرب الإسلامي، شرح المنهج لزكريا الأنصاري مطبوع مع حاشية الجمل ٢٥٤/٣– دار إحياء التراث العربي.

بكراً[1]، وهو قربة مشروعة وعمل خيري، قال تعالى:﴿وافعلوا الخير لعلكم تفلحون﴾[2] وقال:﴿من ذا الذي يقرض الله قرضاً حسناً فيضاعفه له أضعافاً كثيرة﴾[3].

وعن ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:«مامن مسلم يقرض مسلماً مرتين إلا كان كصدقتها مرة»[4] وعن أنس يرفعه:«الصدقة بعشر أمثالها والقرض بثمانية عشر»[5].

والقرض الحسن يقوي أواصر الأخوة ويشيع المحبة بين القلوب ويساعد في تفريج الكروب وإطفاء الحاجات الملحة ومواجهة الأزمات الطارئة كما يشجع قيم الشهامة والمروءة والنجدة ومكارم الأخلاق، وفي الحديث: «من كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته ومن فرج عن مسلم كربةً فرج الله عنه بها كربةً من كرب يوم القيامة ومن ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة»[6].

---

(١) رواه الشيخان واللفظ لمسلم، انظر: صحيح البخاري بحاشية السندي٢/٤٢- كتاب الوكالة، صحيح مسلم٣/١٢٢٤- كتاب المساقاة- ت محمد فؤاد عبدالباقي- ط عيسى الحلبي، ورواه كذلك أبو داود في كتاب البيوع٥/١٩- مختصر وشرح وتهذيب سنن أبي داود.

(٢) سورة الحج- آية (٧).

(٣) سورة البقرة -آية ٢٤٥.

(٤) رواه ابن ماجة والبيهقي- انظر: سنن ابن ماجة٢/٨١٢- ت محمد فؤاد عبدالباقي، سنن البيهقي٥/٣٥٣، وفي إسناده سليمان بن بشير وهو متروك، وقال الدارقطني: والصواب أنه موقوف على ابن مسعود- انظر: نيل الأوطار ٥/٢٥٩- ط مصطفى الحلبي.

(٥) رواه ابن ماجة- انظر: سنن ابن ماجة٢/٨١٢، وفي إسناده خالد بن زيد الشامي، قال النسائي: ليس بثقة- انظر: نيل الأوطار٥/٢٥٩.

(٦) رواه مسلم- انظر: مسلم بشرح النووي٨/٣٧٧- ط دار أبي حيان.

وتيسير القروض المجانية للمحتاجين والمستهلكين يجنبهم اللجوء إلى طريقة البيوع الآجلة التي كثيراً مايزاد فيها الثمن، وتستنزف موارد ذوي الدخول المحدودة، وتعرض أصحابها للمديونية المستمرة، كما تحميهم من تلمس البدائل الربوية التي أصبحت شائعة وميسورة في هذا العصر لمن لم يكن له عاصم من دينه وورعه.

مايترتب على القرض:

القرض يفيد التمليك، سواء أتصرف فيه المقترض أم لا، وهو مضمون عليه سواء أربح أم خسر، وللمقرض طلب بدله في أي وقت عند الجمهور[1]، ولو قبل انتفاع المقترض به أو قبل حلول الأجل خلافاً لمالك[2]، ويشهد له قوله صلى الله عليه وسلم:« المسلمون عند شروطهم ماوافق الحق من ذلك»[3].

المنفعة على القرض:

اتفق العلماء على أنه لايصح للمقرض أن يشترط منفعة على المقترض لما رواه الحارث بن أبي أسامة من حديث علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم:« نهى عن قرض جر منفعة» وفي رواية :«كل قرض جر منفعة

(١) انظر: التاج والإكليل للمواق بهامش مواهب الجليل٤/٥٤٨- ط٢ سنة ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م، حاشية الجمل على شرح المنهج ٣/٢٥٩- دار إحياء التراث العربي.

(٢) المغني لابن قدامة٤/٢٠٨، روضة الطالبين للنووي ٤/٣٤، تبيين المسالك لمحمد الشيباني٣/٤٦٤- دار الغرب الإسلامي.

(٣) أخرجه الحاكم عن أنس وعائشة ورمز السيوطي إلى صحته- انظر: الجامع الصغير حديث رقم٢/١٨٦-دار الكتب العلمية- ط٤.

فهو ربا»[1] وروي موقوفاً كذلك عن فضالة بن عبيد وابن مسعود وأبي بن كعب وعبدالله بن سلام وابن عباس[2].

وفي معنى ذلك مارواه البخاري في صحيحه عن أبي بردة بن موسى قال: «قدمت المدينة فلقيت عبدالله بن سلام فقال لي: إنك بأرض فيها الربا فاش فإذا كان لك على رجل حق فاهدى إليك حمل تبن أو حمل شعير أو حمل قت[3] فلا تاخذه فإنه ربا»[4].

وروى البخاري أيضاً في تاريخه عن أنس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إذا أقرض فلا يأخذ هدية»[5].

وقد انعقد الإجماع على هذا، قال ابن المنذر: «أجمعوا على أن المسلف إذا شرط عشر السلف هدية أو زيادة فاسلفه على ذلك أن أخذه الزيادة ربا»[6].

والمعنى في ذلك أن موضوع القرض الإرفاق واشتراط النفع ينافيه ويمنع

---

(١) قال في تلخيص الحبير: «قال عمر بن عبدالبر في المغني: لم يصح فيه شيء وأما إمام الحرمين فقال: إنه صح وتبعه الغزالي، وقد رواه الحارث بن أبي أسامة في مسنده من حديث علي باللفظ الأول، وفي إسناده سوار بن مصعب وهو متروك، ورواه البيهقي في المعرفة عن فضالة بن عبيد موقوفاً بلفظ: كل قرض جر منفعة فهو وجه من وجوه الربا» انظر: تلخيص الجبير لابن حجر، مطبوع مع المجموع وشرح الرافعي٩/٣٧٣، وانظر: نيل الأوطار ٥/٢٦٢.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي٥/٣٤٩-٣٥٠.

(٣) القت: الجاف من الصفصفة.

(٤) انظر: نيل الأوطار ٥/٢٦١، السنن الكبرى للبيهقي ٥/٢٤٩.

(٥) نيل الأوطار ٥/٢٦١.

(٦) الإجماع لابن المنذر ص٩٥- ت فؤاد عبدالمنعم.

صحته[1].

ومثل المنفعة بالشرط مايؤخذ بحكم العادة[2] لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، ولأن المقرض تعلق قصده بالمنفعة لا بالمعروف الذي يقتضيه القرض.

العمولة على القرض لقاء الخدمات:

في حالة الوقف للإقراض الخيري المتواصل لابد أن تكون جهة تتولى الإشراف على ضبط الأموال الموقوفة وتنظيم عملية الإقراض ودراسة أحوال المقترضين، وإعداد الوثائق والعقود وحفظ السجلات ومتابعة تحصيل القروض ونحو ذلك من الخدمات التي تتطلب نفقات كثيرة، فكيف يمكن توفير الأموال اللازمة لتغطية هذه النفقات؟

هناك طريقان نستطيع من خلالهما تأمين هذه الأموال:

الطريق الأول: قيام بيت المال أو المصلحة العامة للوقف بتحمل هذه النفقات إن كانت الموارد تسمح بذلك، كسائر ما يوقف للجهات العامة مادام الإقراض ليس مقصوراً على ذرية أو أناس معينين، لأنه لامالك له بعينه فهو كالمسجد في هذه الجهة[3].

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢١١- ط دار الفكر، شرح المنهج لزكريا الأنصاري مطبوع مع حاشية الجمل ٣/٢٦١.

(٢) في هذه المسألة خلاف بين العلماء والراجح التحريم كما ذكرنا، وكذلك اختلفوا في قبول الهدية من المقرض من غير شرط ولاعرف والأكثر على جوازه . انظر المنتقى للباجي ٥/٩٧، روضة الطالبين ٤/٣٧، المحلى٨/٧٧، ٨٥ . ٨٦-دار الفكر ، المغني لابن قدامة ٤/٢١٢.

(٣) الفتاوى لابن تيمية ٣١/٢١٤ . ٢٣٥.

الطريق الثاني: تحميل المقترضين كلفة إدارة عمليات الإقراض واعتبار ذلك أجرة لقاء ماقدم لهم من منفعة وخدمات.

والأجرة هي عبارة عن عملية منفعة بعوض[1] مشتقة من الأجر، وهو العوض، قال تعالى: ﴿لو شئت لاتخذت عليه أجراً﴾[2]، وسمي الثواب أجراً لأنه عوض من الله تعالى للعبد على طاعته أو صبره عن معصية[3].

والإجارة في الحقيقة نوع من البيع؛ لأنها بيع المنافع[4]، وكانوا في زمن النبي صلى الله عليه وسلم يعقدون الإجارة بلفظ البيع،كما في حديث: «من كان له فضل أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه، لاتبيعوها» قيل لسعيد

---

(١) حاشية الجمل على شرح المنهج ٣/٥٣١، حاشية ابن عابدين ٦/٤- ط٢ سنة ١٩٦٦م، تكملة شرح فتح القدير ٩/٥٨-٥٩- دار الفكر- ط٢ سنة ١٣٩٧هـ روضة الطالبين ٥/١٧٣، الإقناع للشربني مع البجيرمي ٣/١٧- دار المعرفة بيروت .

(٢) سورة الكهف - آية (٧٧).

(٣) ويؤخذ من كلام ابن تيمة في الفتاوى أن للإجارة ثلاثة إطلاقات عند الفقهاء: الأول: تطلق على كل نفع بذل بعوض فيدخل فيها المهر، كما في قوله تعالى {فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن}، ويستوي هنا أن يكون العمل معلوماً أو مجهولاً، والعقد لازم أو غير لازم. الثاني: تطلق على الجعالة، وهي أن يكون النفع غير معلوم والعوض مضموناً فتكون عقداً جائزاً غير لازم، مثل أن يقول: من رد عليَّ ضالتي فله كذا، فقد يرده من بعيد أو قريب.الثالث: الإجارة الخاصة، وهي أن يستأجر عيناً أو يستأجر شخصاً على عمل في الذمة بحيث تكون المنفعة معلومة والأجر معلوماً والإجارة لازمة، وهذا المعنى هو المقصود عند الفقهاء، إذا أطلقوا الإجارة. وهذه المراتب الثلاث تشترك في أنها عقد على منفعة بعوض. انظر الفتاوى لابن تيمة٢٩/١٠٤.

(٤) المغني لابن قدامة ٥/٢٥٠-٢٥١- دار الفكر - ط١،سنة١٤٠٥/١٩٨٥.

المسيب: مامعنى:لاتبيعوها؟ قال: الكراء[1].

والإجارة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع:

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾[2].

وأما السنة فثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استاجر رجلاً من بني الديل هادياً خريتاً[3].

وقد انعقد الإجماع على جوازها إلا مايحكى عن ابن الأصم وابن علية أنهما لم يجيزاها لما فيها من غرر؛ لأنها عقد على منافع لم تخلق، وهذا لايقدح في الإجماع؛ لأنه انعقد قبلهما وبعدهما[4]، ثم هو اجتهاد في مورد النص فلا يصح.

كيفية احساب الأجرة على المقترضين:

من الأمور البديهية أن الغاية من احتساب الأجرة على المقترضين ليس هو التذرع للحصول على الربح بغية تنمية المال وزيادته؛ لأن ذلك صريح الربا، إنما الهدف تغطية نفقات إدارة العمليات الإقراضية، وبالتالي ينبغي أن تقدر هذه النفقات بشكل دقيق، وعلى أساس ذلك تقدر الأجرة على المقترضين.

(١) كشف الغمة للشعراني ٣٣/٢- دار الفكر سنة١٤٠٨/١٩٨٨م. والحديث رواه أحمد ومسلم من حديث جابر بن عبدالله انظر: صحيح مسلم١٩/٥- كتاب البيوع- باب كراء الأرض- طباعة كتاب التحرير، تصوير عن طبعة استانبول عام ١٣٢٩هـ وانظر: نيل الأوطار ٣٣١/٥.

(٢) سورة الطلاق- آية (٦).

(٣) من حديث طويل ساقه البخاري في الهجرة عن عائشة رضي الله عنها- انظر: صحيح البخاري مع فتح الباري٢٣٨/٨-٢٣٩، ط مصطفى الحلبي سنة ١٣٧٨، ١٩٥٩م، ورواه أحمد كذلك، انظر: نيل الأوطار ٣١٦/٥-ط مصطفى الحلبي. واسم الرجل كما جاء في بعض الروايات -عبدالله بن ازيقط، والخريت هو الماهر بالهداية- انظر: المغني٣٩/٦.

(٤) انظر: بداية المجتهد/ابن رشد:٢٢٠/٢ ط مصطفى الحلبي، المحلى لابن حزم ١٨٢/٨- دار الفكر.

ولكن هل تحسب هذه الأجرة على المقترضين بالتساوي فتكون مبلغاً مقطوعاً للجميع بغض النظر عن قيمة القرض؟ أم نراعي التفاوت في حجم الاقتراض فنجلعها نسبة مئوية من المبلغ المقترض؟

يرى بعضهم أنه ينبغي أن تكون الأجرة واحدة مهما اختلفت القروض؛ لأن الأجرة مقابل العمل، والعمل المبذول في الإقراض واحد سواء أكان القرض كبيراً أم صغيراً، وللناي عن شبهة الربا الذي يكون عادة نسبة مئوية من واقع القرض.

وقد تعرض العلامة ابن عابدين لمسألة أخذ الأجر النسبي للقاضي نقلاً عن جامع الفصولين: «للقاضي أن يأخذ مايجوز لغيره، وماقيل في كل ألف خمسة دراهم لانقول به ولايليق ذلك بالفقه وأي مشقة للكاتب في كثرة الثمن وإنما أجر مثله بقدر مشقته أو بقدر عمله في صنعته أيضاً كحائك وثقاب يستاجر بأجر كبير في مشقة قليلة»[1].

والذي أراه أن لامانع من احتساب الأجرة على أساس النسبة المئوية من المبلغ المقترض، لأن ذلك أقرب إلى العدل، ولأن المنفعة التي تعود على المقترضين تتفاوت بتفاوت المبالغ التي اقترضوها، وحجم المنفعة منظور إليه في مسألة الأجر، وكذلك قد يكون لحجم القرض أثر في زيادة الجهد الذي يبذل في توثيق القروض وضبطها وحسابها وتسجيلها وأخذ الكفالة بها ودراسة أحوال مقترضيها، وإذا تفاوت الجهد صح تفاوت الأجر.

وقد أقرت هذا التفاوت في الأجر نظراً لتفاوت الجهد المبذول هيئة الرقابة لمصرف فيصل الإسلامي المصري في اجتماعها رقم ٣٦ المنعقد بتاريخ ١٩ من

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٦/٩٢.

ذي الحجة سنة ١٤٠٠هـ الموافق ٢٨ / ١٠ / ١٩٨٠، ولكن على أساس مبالغ مقطوعة وليس على أساس النسبة[1].

ولا أرى فرقاً بين الأساسين، وقضية التخوف من الربا غير واردة لأننا بصدد عمل خيري لاتجاري، والربحية فيه ليست مقصودة.

وأما ماجاء عن ابن عابدين فالمسالة مختلفة؛ لأن القاضي لاينظر في القضايا المالية فحسب، إنما ينظر فيها وفي غيرها من مسائل الجنايات والأسرة والمعاملات، ثم إن القضايا المالية لايتفاوت الجهد المبذول في حلها -بالضرورة- بتفاوت حجمها، بل قد يبذل من الجهد في نزاع مالي يتعلق بمبلغ صغير أضعاف مايبذل في آخر يتعلق بأكبر منه، فالعبرة في تقدير الأجر للجهد في المقام الأول وليس لقيمة المال محل النزاع.

وأما في مسالتنا فالقصد تحري أعدل الطرق وأقومها في توزيع نفقات القروض على المنتفعين بها على النحو الذي ذكرنا.

ولايشكل على ذلك أيضاً أن القاعدة تقول: «الأجر والضمان لايجتمعان» والمبلغ المقترض مضمون على المقترض؛ لأن المقصود بالأجر في هذه القاعدة أجر المضمون، وهو المبلغ المقترض؛ والأجرة التي يتقاضاها صندوق الإقراض في هذه المسألة ليست مقابل النقود بذاتها؛ لأنها لاتؤجر -كما مر، إنما مقابل خدمات الإشراف على صندوق الاقراض، وهي لاتذهب إلى المقرض حالاً.

---

(١) انظر: موقف الشريعة الإسلامية من المصارف الإسلامية المعاصرة/د.عبدالله العبادي ص٣٤٨/٣٤٩- دار السلام - دار الثقافة.

المبحث الرابع

تسبيل النقود للتنمية وتوزيع الأرباح على جهات الخير

إن المجال الثاني لوقف النقود هو استثمارها في مختلف الوجوه المشروعة وتوزيع أرباحها على الجهات الخيرية التي يحددها الواقف، وأوجه التنمية والاسترباح عديدة وساتحدث بإيجاز عن ثلاثة منها لأهميتها:

أولاً: المضاربة:

وهي في اللغة مفاعلة من ضرب الأرض إذا سار فيها، قال الله تعالى: ﴿ وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله﴾[1] يعني الذين يسافرون في الأرض للتجارة.

وفي الاصطلاح: «عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين وعمل من الآخر»[2].

وسمي العقد مضاربة؛ لأن العامل المضارب يسير في الأرض غالباً لطلب الربح.

ويسمى أيضاً قراضاً، مشتق من القرض، وهو القطع، سمي بذلك لأن المالك قطع للعامل قطعة من ماله وقطعة من الربح[3]، وقيل: اشتقاقه من

(١) سورة المزمل - آية (٢٠)، وانظر: الصحاح للجوهري ١٦٨/١- ت أحمد عبدالغفور - دار العلوم.

(٢) نتائج الأفكار/ قاضي زادة، تكملة فتح القدير لابن الهمام ٤٤٥/٨- دار الفكر، ط٢ سنة ١٣٩٧/١٩٧٧، حاشية ابن عابدين ٦٤/٥- ط٢، مصطفى الحلبي ١٣٨٦/١٩٦٦م، الاختيار للموصلي ١٩/٣- دار المعرفة- بيروت، ط٣، المغني لابن قدامة ١٥/٥- دار الفكر.

(٣) انظر: البجيرمي على الخطيب ١٥٧/٣- دار المعرفة -بيروت ١٣٩٨/١٩٧٨، المبسوط للسرخسي ١٨/٢٢، المغني لابن قدامة ١٥/٥-١٦-دار الفكر، سنة ١٤٠١، ١٩٨٥؛ ط١ .

المساواة، من قولهم: تقارض الشاعران إذاساوى كل صاحبه في المدح[1].

فحقيقة المضاربة أن يدفع رجل مالاً لآخر ليتجر به ويكون الربح بينهما حسبما يتفقان عليه نصفاً أو ربعاً أو ثلثاً أوْ غير ذلك[2].

والمضاربة مشروعة بالسنة التقريرية والإجماع والقياس[3].

أما السنة التقريرية فإن المضاربة كانت معروفة في الجاهلية والعير التي كان فيها أبو سفيان، والتي كانت سبب غزوة بدر، كان أكثرها مضاربة مع أبي سفيان وغيره، وفي الإسلام كان الصحابة يسافرون بمال غيرهم مضاربة ولم ينه الرسول صلى الله عليه وسلم عن ذلك[4].

وروي أن العباس بن عبدالمطلب رضي الله عنه كان إذا دفع مضاربة شرط على المضارب أن لايسلك به بحراً وأن لاينزل به وادياً ولايشتري به ذا كبد رطب، فإن فعل ذلك ضمن، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم

---

(١) انظر: النظم المستعذب في شرح غريب المهذب لمحمد بن أحمد بن بطال الركبي ٣٩١/١ بهامش المهذب للشيرازي- دار المعرفة - بيروت، ط٢ سنة ١٩٥٩م، المغني لابن قدامة ١٦/٥- دار الفكر - ط١سنة١٤٠٥/١٩٨٥م.

(٢) انظر: قوانين الأحكام الفقهية لابن جزيء ص٢٨٧، الدار العربية للكتاب، تونس سنة ١٩٨٢، بداية المجتهد لابن رشد ٢٦/٢، ط مصطفى الحلبي سنة ١٤٠١/١٩٨١م.

(٣) ويرى بعضهم أن مشروعية المضاربة وردت في بعض الآيات القرآنية، مثل قوله تعالى:﴿ ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم..﴾ الاية ٤١ - آية ١٩٨، وقوله:﴿فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله...﴾ المزمل - آية ٢٠، والواقع أن هذه الآيات تدل على عموم الاتجار والاكتساب ولايقصد بها خصوص المضاربة بالمعنى الاصطلاحي.

(٤) الفتاوى لابن تيمية ١٩/١٩٥-١٩٤، وانظر: المحلى لابن حزم ٢٤٧/٨- دار الفكر.

فاستحسنه[1].

ومما يدل على أنها كانت معروفة على عهد النبي صلى الله عليه وسلم ماروه مالك في الموطأ أن أبا موسى الأشعري أرسل بمال أقرضه لابني عمر، واتجرا فيه وربحا فأراد عمر أن يأخذ الربح كله للمسلمين، لكونه خصهما بذلك دون سائر الجيش، فقال أحدهما: لو تلف المال لضمناه فكيف لك الربح وعلينا الضمان؟ فاشار بعض الصحابة بجعله مضاربة ففعل[2].

وفي هذا دلالة على أن هذه المعاملة كانت معروفة بين الصحابة ولما كان العهد بالرسول صلى الله عليه وسلم قريباً علم أنها كانت معروفة على عهده صلى الله عليه وسلم[3].

وروي التعامل بالمضاربة عن عمر وعثمان وعائشة وحكيم بن حزام رضي الله عنهم[4].

---

(١) الهداية للمرغيناني وشرح العناية للبابرتي مطبوع مع نتائج الأفكار تكملة فتح القدير ٨/٤٤٦ - ط٢، سنة ١٣٩٧/١٩٧٧م، الاختيار للموصلي ٣/١٩-ط٣، دار المعرفة - بيروت، سنن البيهقي ٦/١١١، ط١، الهند.

(٢) انظر: الحديث بطوله في الموطأ بشرح الزرقاني ٣/٣٤٥-٣٤٦- دار الفكر سنة ١٣٥٥/١٩٣٦م، وانظر: المغني لابن قدامة ٥/١٦- دار الفكر سنة ١٤٠١/١٩٨٥.

(٣) الفتاوي لابن تيمية ١٩/١٩٦.

(٤) انظر: المضاربة للماوردي بتحقيق عبدالوهاب حواس ص١٢٣، سنن البيهقي ٦/١١١، الموطأ مع الزرقاني ٣/٣٤٦-٣٤٧-دار الفكر ، المبسوط٢٢/١٨.

وأما الإجماع على مشروعية المضاربة فقد نقل عن غير واحد[1]، قال الزرقاني: قال أبو عمر: «أجمع العلماء على أن القراض سنة معمول بها»[2].

أهم أحكام المضاربة:

١- إن يد العامل فيها يد أمانة[3] لأنها إيداع أولاً وتوكيل عند الممارسة وشركة بعد الربح[4]، وهذه الثلاثة لاضمان فيها إلا بالتعدي أو التقصير، قال الزرقاني: «ولاخلاف بينهم على أن القراض على الأمانة لاعلى الضمان»[5].

٢-المضاربة عقد جائز أي غير لازم، يجوز لكل من الطرفين: المالك والعامل فسخه متى شاء[6]؛ لأن انعقادها بطريق الشركة لا بطريق الإجارة،

---

(١) الإجماع لابن حزم ص٩١، مطبوع مع محاسن الإسلام لمحمد البخاري- دار الكتاب العربي، ط٢، المغني لابن قدامة ٥/١٦- دار الفكر، ط١، ١٤٠١/١٩٨٥م، الهداية للمرغيناني وشرح العناية للبابرتي مطبوع مع نتائج الأفكار ٨/٤٤٦-دار الفكر، ط٢، الاختيار للموصلي ٢/١٩-ط٣- دار المعرفة - ببيروت، بداية المجتهد لابن رشد ٢/٣٦-ط مصطفى الحلبي،ط٢، روضة الطالبين للنووي ٥/١١٧-المكتب الإسلامي.

(٢) الموطأ وشرحه للزرقاني ٣/٣٤٥ ، ٣٤٧- دار الفكر سنة ١٩٣٦م.

(٣) القوانين الفقهية لابن جزيء ص٣٤١- الدار العربية للكتاب- ليبيا - تونس، سنة ١٩٨٢م، الهداية وشروحها ٨/٤٤٦- دار الفكر، ط٢، بجيرمي علي الخطيب ٣/١٦٣-دار المعرفة، بيروت سنة ١٣٩٨/١٩٧٨، بداية المجتهد ٢/٣٦- ط مصطفى الحلبي، ط٥، المغني لابن قدامة ٥/٤٤- دار الفكر، المحلى لابن حزم ٨/٢٤٨- دار الفكر.

(٤) الاختيار للموصلي ٣/١٩، نتائج الأفكار/ قاضي زاده ٨/٤٤٦- دار الفكر، ط٢.

(٥) الزرقاني على الموطأ٣/٣٥٢- دار الفكر، ط٢.

(٦) بداية المجتهد ٢/٤٠-ط مصطفى الحلبي، المغني لابن قدامة ٥/٣٨، مواهب الجليل مطبوع مع التاج والإكليل ٥/٣٦٩- ط٢سنة ١٣٩٨/١٩٧٨، بجيرمي علي الخطيب ٣/١٦٥، المبسوط للسرخسي ٢٢/١٩، الزرقاني على الموطأ ٣/٣٥١، المحلى لابن حزم ٨/٢٤٩

إلا أن مالكاً قال: تلزم بالشروع في العمل منعاً للضرر.

وذهب الشافعية والمالكية كذلك إلى أنه لايجوز توقيت المضاربة قياساً على الشركة والبيع والزواج[1] خلافاً للحنفية والحنابلة[2].

والأولى صحة التوقيت؛ لأن المضاربة أقرب إلى الوكالة منها إلى البيع، ولأنه قد يكون فيه مصلحة للطرفين، وبعض وجوه الاستثمار تحتاج إلى مدة طويلة، ولايضمن العامل بقاء المضاربة فيها من غير توقيت[3].

٣- أن يكون الربح مشاعاً مشترطاً بين الطرفين ومعلوماً من حيث الجزئية لا من حيث التقدير، وهذا الشرط محل إجماع[4] ؛ لأن اشتراط ربح معين لأحد الطرفين ينافي مقتضى الشركة وقد يكون فيه ظلم لأحدهما، ويجعل المعاملة تحمل طابع المقامرة لقيامها على الغرر والخطر[5].

ولهذا نهى النبي صلى اله عليه وسلم في المزارعة عن تخصيص ريع

---

(١) المنتقى للباجي ١٦٢/٥- دار الكتاب العربي- بيروت، بداية المجتهد ٢٣٨/٢، المهذب للشيرازي ٣٩٣/١-دار المعرفة، روضة الطالبين ١٢١/٥-١٢٢.

(٢) المغني لابن قدامة ٤٠/٥، بدائع الصنائع للكاساني ٣٦٣٢/٨، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٦٢- ت عبدالعزيز الوكيل.

(٣) انظر: تعليق عبدالوهاب حواس على كتاب المضاربة للموصلي ١٧/٣، المهذب ٢٩٢/١، روضة الطالبين للنووي ١٢٢/٥، الزرقاني على الموطأ ٣٩/٣، قوانين الأحكام الفقهية لابن جزيء ص٢٨٧، الإجماع لابن المنذر ص٩٨- ت فؤاد عبدالمنعم .

(٤) المبسوط للسرخسي ٢٢/٢٢، حاشية ابن عابدين ٣٠٥/٤، ط٢، سنة ١٣٨٦/١٩٦٦، الهداية وشروحها ٤٤٨/٨-٤٤٩-دار الفكر، الاختيار للموصلي ١٧/٣، المهذب ٢٩٢/١، روضة الطالبين للنووي ١٢٢/٥، الزرقاني على الموطأ ٣٤٩/٣، قوانين الأحكام الفقهية لابن جزيء ص٢٨٧، الإجماع لابن المنذر ص٩٨- ت فؤاد عبدالمنعم.

(٥) الفتاوى لابن تيمية ٩٨/٢٩، ١٠٦، ١٠٧، المضاربة للماوردي ص١٥١-١٥٢، المهذب للشيرازي ٣٩٢/١.

ناحية معينة من الأرض لطرف دون الآخر[1]، والنبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر مايخرج منها من ثمر وزرع[2].

ولعل هذا هو مستند إجماع الفقهاء على كون الربح في المضاربة مشاعاً بالأجزاء.

٤- للمضارب أن يمارس من تلقاء نفسه كل نشاط اقتصادي يستهدف الاسترباح مالم يمنع من ذلك مانع[3] خلافاً للشافعية وآخرين حيث قصروا المضاربة على العمليات التجارية البحتةشراء وبيعاً بناء على أنها جازت استثناءً على سبيل الرخصة مع مخالفتها للقياس لأنها إجارة مجهولة فلا يتوسع فيها[4].

والصحيح ماذكرنا؛ لأنها لما وردت في السنة، جاز التوسع فيها لتحقيق المصلحة، وهي من باب المشاركة لا الإجارة.

وقد نوقشت طريقة استثمار أموال الوقف في سندات المقارضة أو المضاربة في الندوة التي نظمها البنك الإسلامي للتنمية بجدة حول إدارة وتنمية ممتلكات الأوقاف في محاضرة «ولي خير الله» ، ولم تُوصِ الندوة باستخدامها على اعتبار أن المضارب لايضمن، وقد أصدر مجمع الفقه

(١) انظر: حديث رافع بن خديج في صحيح البخاري مطبوع مع الفتح ٤٠٦/٧-٤٠٧.

(٢) رواه البخاري في كتاب الحرث والمزارعة، ومسلم في باب المساقاة- انظر: فتح الباري ٤٠٩/٧، صحيح مسلم ٢٦/٥- دار الطباعة العامة.

(٣) راجع: بدائع الصنائع للكساني ٣٦٠٨/٨، حاشية ابن عابدين ٦٤٩/٥.

(٤) انظر: فتح العزيز للرافعي ١١/١٢-١٢، الروضة للنووي ١٢٠/٥، شرح المنهج لزكريا الأنصاري مع حاشية الجمل ٥١٤/٣- دار إحياء التراث العربي، المدونة ٨٩/١٢- مطبعة السعادة بمصر، منهج الطالبين للرستاقي ٣٣٧/١٤.

الإسلامي قراراً في هذا الموضوع يبين فيه طريقة لجبر الخسارة المتوقعة فقد جاء فيه:« ليس هناك مايمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين على أن يكون التزاماً مستقلاً عن عقد المضاربة بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطاً في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه ومن ثم ليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المبترع بالوفاء بما يبترع به بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد»[1].

وأرى أن هذا التحفظ محله أموال الوقف العامة ولاينطبق على خصوص الأموال النقدية الموقوفة لغرض التنمية وتوزيع الأرباح مادام صاحبها قد وقفها على هذا الوجه.

وأخيراً لابد من الإشارة إلى مشروعية المضاربة المشتركة التي تتولاها البنوك الإسلامية ويمكن تنمية أموال الوقف من خلالها.

ثانياً : البيع بالنسيئة أو تقسيط الثمن بسعر أعلى من البيع العاجل:

الراجح جواز هذا البيع لأن الأصل في الأشياء الإباحة، وهو داخل تحت عموم قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾، والأصل في البيع المكايسة والتجارة وطلب الربح شريطة أن لايكون غبن أو غش أو احتكار، والبائع حر في تحديد أسعاره بحسب الأحوال المختلفة، كما أن المشتري حر

(١) ندوة الوقف الخيري المنعقدة في أبوظبي (٢٩-٣٠/١٠/١٤١٥هـ) - بحث الصديق أبو الحسن: مقتطفات من أحكام الوقف ص٧٥-٧٦ نقلاً عن مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد٤ سنة ١٤٠٨هـ ج٣/١٢٦١-١٢٦٥.

هو الآخر في قبول الثمن الذي يريد.

والشبهة في هذا البيع تكمن في أن زيادة الثمن كانت مقابل الأجل فيما يبدو، وهذا قد يجعله من جنس ربا القروض، ولكن هذه الشبهة لاتصح أساساً للقياس لوجود اختلاف جوهري بين المسألتين.

فالقرض من وجوه البر والمعروف، ولم يشرع للاستثمار، والعلاقة فيه بين الطرفين (المقرض والمقترض) يفترض فيها انعدام التكافؤ؛ لأن المقترض فيها طرف ضعيف في الغالب، فكان مبناه على الرفق والتسامح وتقديم العون، وأي زيادة فيه تنافي روحه ومقتضاه.

أما البيع فهو عقد تجاري يقوم على التكافؤ بين الطرفين (البائع والمشتري) وباب المساومة والمفاوضة مفتوح لكل منهما ليحقق مايستطيعه من مكاسب.

والربح في التجارة قائم أساساً على نقل البضاعة من مكان إلى مكان أو من زمن إلى زمن، فعامل الزمن سبب من أسباب الربح.

والبيع نسيئة بسعر أعلى من البيع الحال نشاط تجاري منتج تتحقق فيه المصلحة لكلا الطرفين، وتتوزع فيه الأعباء والمخاطرة على كليهما، أما المرابي فليس له نشاط إلا انتظار الوقت، والإفادة من أزمات الآخرين واستغلال جهودهم، وهو نشاط طفيلي عقيم(١).

وغني عن البيان أنه في حالة البيع نسيئة أو بالتقسيط يجب أن يحدد الثمن من البداية، ولاتجوز الزيادة فيه بعد ذلك إذا تأخر المشتري عن السداد

(١) انظر: مصرف التنمية الإسلامي/ د. رفيق المصري ص١٩٤.

لسبب أو لآخر، كما لايجوز شرعاً في بيع الأجل التنصيص في العقد على فوائد التقسيط مفصولة عن الثمن الحال بحيث ترتبط بالأجل، سواء اتفق العاقدان على نسبة الفائدة أم ربطاها بالفائدة السائدة.

وقد أجاز هذا البيع بالضوابط السابقة المجمع الفقهي الإسلامي في جلسته المنعقدة بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧-٢٣ شعبان ١٤١٠ هـ الموافق ١٤-٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠[١].

ثالثاً : التنمية بشهادات الاستثمار:

ذهب بعضهم إلى جواز فوائد شهادات الاستثمار أو سندات الإقراض والصحيح أنه لايجوز هذا النوع من الاستثمار لأنه في حقيقته قرض جر نفعاً، وهذا ربا محرم -كما أسلفنا-، وليس لها تخريج على العقود الشرعية كالإجارة أو المضاربة، ولاتشملها قاعدة الضرورة التي تستدعي الترخيص، ولابد من توضيح بعض الحقائق المتعلقة بذلك:

شهادة الاستثمار والإجارة :

الإجارة مشروعة قطعاً ولكن لا يتاتى تخريج شهادات الاستثمار عليها؛ لأنها تختلف عنها اختلافاً كلياً فالمستاجر ليس مسئولاً عن هلاك العين المؤجرة إلا إذا تسبب في ذلك بينما يكون البنك أو الجهة المصدرة للشهادات ضامنة لرأس المال مع فائدة محددة ومهما تكن النتيجة ربحاً أو خسارة[٢].

ثم إن النقود الورقية لا تصلح للإجارة مطلقاً- كما ذكرنا- لأنه لا ينتفع بها في التحلي أو الوزن كالدنانير والدراهم ولا فائدة فيها إلا بتحويلها إلى

(١) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته/ د. وهبة الزحيلي ٥٧١/٩- دار الفكر.

(٢) دراسات إسلامية في العلاقات الاجتماعية، محمد دراز، ص١٧٠.

شيء آخر، ولا زكاة لها بذاتها بل بالعمل والاستثمار، وقد جاء في المنتقى أن كل ما يزكو بالعمل لا يجوز استئجاره للمنفعة المقصودة منه، والدنانير لا تزكو إلا بالعمل والاتجار، ولا يجوز لمن عجز عن الاتجار بماله وتنميته أن يؤجره ممن ينميه[1].

فإن قيل: إن تعريف الإجارة ينطبق على النقود لأن فيها منفعة لأنه يتوصل بها إلى المنافع الأخرى.

فالجواب أن المقصود بالمنفعة هو المنفعة الذاتية للشيء وليس المنفعة التبادلية؛ لأن المنفعة التبادلية لا تتم إلا بالتبادل، والتبادل لا يكون إلا بملك رقبة الشيء على الدوام والمستاجر لا يملك عين المستاجر بل يملك منفعته فقط.

بين شهادات الاستثمار والمضاربة:

من الواضح أن بينهما فروقاً جوهرية:

١- إن المضاربة شركة بين رب المال والعامل فالعلاقة بينهما قائمة على الاشتراك غنماً وغرماً، والمضارب لا يملك المال إنما هو وكيل فيه يتصرف بإذن صاحبه، أما علاقة أصحاب شهادات الاستثمار بالجهة المصدرة -عامة أو خاصة- فعلاقة دائن بمدين، وليست علاقة شراكة، والجهة الأخرى تملك المال، ولها تبعاً لذلك حرية التصرف فيه استثماراً أو استغلالاً.

٢- إن شهادات الاستثمار مضمونة على الدولة أو الجهة المصدرة لها والمال في يد المضارب لا يضمن إلا بالتعدي والتقصير.

(١) المنتقى لأبي الوليد الباجي ١٥١/٥، دار الكتاب العربي، بيروت.

٣- أجمع الفقهاء -كما ذكرنا- أنه لا يجوز لأحد طرفي المضاربة أن يشترط لنفسه ربحاً معيناً بالمقدار أو منفعة خاصة، وشهادات الاستثمار يشترط فيها ربح معين لأصحاب الشهادات.

ولا يقال: ان مشاعية الربح كان شرطاً عرفياً يجوز الاجتهاد فيه بحسب تغير الأحوال - لأنه شرط انعقد الإجماع عليه، والإجماع دليل قطعي بغض النظر عن مستنده ثم إن دليله مبني على مبدأ العدل في عقود المعاوضات والمشاركات وقياساً على النهي عن تخصيص ريع ناحية معينة في المزارعة لأحد الطرفين، وهو ثابت بالسنة النبوية.

وأما التعلل باختلاف أحوال الناس من حيث الأمانة والتعارف والترابط فهذا صحيح ولكن لا يكفي لتغيير حكم قطعي مرتبط بمبدأ العدل الذي يقوم عليه الإسلام.

وأما تبرير هذه العوائد كذلك بانها قامت على التراضي فالتراضي لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال، والربح المحدد مقداراً ثبت تحريمه في المضاربة ولا تجوز مخالفة شرع الله. جاء في الحديث: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»[1].

شهادات الاستثمار والضرورة:

يحاول بعضهم تبرير شهادات الاستثمار بالضرورة، ضرورة الدولة إلى

(١) رواه أبو داود وفي إسناده كثير بن زيد، وثقه ابن معين في رواية وضعفه في أخرى فتكلم فيه غيره. انظر: مختصر وشرح وتهذيب سنن أبي داود ٥/٣١٣-٣١٤. ورواه الحاكم وسكت عنه ورواه الذهبي في التلخيص،انظر: المستدرك ٤/١٠١. ورواه الترمذي وقال: هذا حديث حسن صحيح. انظر: عارضة الأحوذي ٦/١٠٣-١٠٤.

جمع الأموال لإقامة المشاريع الكبيرة وضرورة الأفراد إلى الاستثمار لدى جهة مأمونة لا تأكل حقوقهم.

وهذه حجة غير مقبولة؛ لأن الضرورة عند الأصوليين ما يتوقف عليه حفظ الكليات الخمس: الدين والنفس والعقل والنسل والمال[1]، وعند الفقهاء والمفسرين ما يتوقف عليه حفظ النفس يقيناً أو ظناً [2]، وزاد بعضهم خوف الضرر على عضو من الأعضاء[3].

وللترخص بالضرورة ضوابط أهمها:

١- أن تكون الضرورة واقعة لا متوقعة.

٢- أن لا تكون لدفع الضرر وسيلة من المباحات.

٣- أن يقتصر فيما يباح تناوله أو عمله على قدر الضرورة[4].

وواضح أن الضرورة بمفهومها وضوابطها لا تنطبق على شهادات الاستثمار بحال من الأحوال، وبالتالي لا يصح الاستثمار في هذا المجال، وقد أطلنا الكلام فيه بعض الشيء لأهميته.

---

(١) الموافقات للشاطبي ٨/٢ - فواتح الرحموت بهامش المستصفي ٢٦٢/٢ - الأحكام للآمدي ٢٥٢/٣.

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ١١٥/٢ - الأشباه والنظائر للسيوطي ص٩٤ - روضة الطالبين للنووي ٢٨٢/٣ - تفسير الرازي ٨٨/٢.

(٣) أحكام القرآن للخصاص ١٣٠/١ - أحكام القرآن لابن العربي المالكي ٨١/١-٨٢.

(٤) نظرية الضرورة الشرعية، د. وهبه الزحيلي ص٦٨-٧٢ - نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي، د. يوسف القاسم ص١٨٣، ٢٠٣، ٢٠٨.

الخاتمة:

تبين لنا أن الوقف من الروافد الخيرة في المجتمع الإسلامي، وأن الشريعة قد فتحت لأهل الخير هذا الباب على مصراعيه ليقفوا العقار والمنقول بما في ذلك وقف النقود للإقراض أو للاسترباح وتوزيع العوائد على الجهات الخيرية، ومثل النقود في ذلك مختلف الأسهم والصكوك المشروعة باعتبارها أوعية ومعبرات للمال ولها حضورها الفعال في النشاط الاقتصادي في عالمنا المعاصر.

والله من وراء القصد؛؛؛

Part III: Liquidation of money for charitable borrowing being the most useful area of monies endowment. The writer suggests that an authority should be responsible for such function the expenses of which to be borne either by the Finance House or Public Authority, else by the borrower and to be considered as operational fees.

Part IV: Liquidation of money for development and later distribute their profits to charitable parties. This has many methods such as speculation, credit sales, installments and investment bonds stressing that investment bonds interests are not permissible since they are really a loan which produced a benefit which converts it into sinful usury.

ΩΩΩ

Endowment of Money in Islamic Jurisprudence

By
Pr. Dr. Mahmoud Ahmad Abu Lail
Professor of Islamic Criminal Law at the Basic Studies Division of the Faculty of Sharia & Law

The topic discussed one of the "Ijtihad" matters related to endowment as, in spite of its importance, most of its provisions are based on "ijtihad".

In the preface, the author demonstrates the meanings of endowment, the basis of its legitimacy in the Holy Quran, Sunnah and common sense, the 3 different opinions of jurisprudents on the endowment ownership effects, i.e. ownership of the endowed subject remains with the its creator but has no right for disposal, ownership transferred to the endowed for and finally the endowed becomes the property of God. The writer supports the first opinion. He also supported the jurisprudents' majority opinion on the necessity of endowment. The topic was divided into four parts as follows:

Part 1 demonstrates scholars opinions on endowment of movable assets which is based on the endowment of money, the first of which forbids this endowment re restricting it to real estate, the second allows it in a limited form such as the endowment of land together with whatever is on it, such as animals on a farm and weapons, the third allows the endowment of whatever can be sold and can be utilized without consuming it. This is being the majority opinion, he supported it because it encourages the good deeds and enlarges its diameter.

Part II tackles the legitimacy and basis of endowment of monies relying on the majority's opinion of movable assets endowment being permissible as monies fall under this category. Reviewing the various scholars scripts on this issue, the majority of whom considered it permissible based on the permission to have it leased. Author's opinion that matches the spirit of jurisprudence is to permit money endowment to make use of its power of exchange. The author also refuted the idea of monies being unusable unless consumed saying that its power of exchange and financial evaluation of goods and services.

بسم الله الرحمن الرحيم

اخلاقيات الوظيفة العامة
وانعكاساتها على قانون العقوبات الاتحادي
لدولة الإمارات العربية المتحدة

إعداد

الأستاذ الدكتور هشام محمد فريد رستم *

* أستاذ القانون الجنائي بجامعة أسيوط- مصر - والمعار حالياً لكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة.

مقدمة :

١- الوظيفة العامة تكليف بخدمة وطنية:

الوظيفة العامة قديمة قدم الدولة، بدأت في أول أمرها صلة شخصية بين الحاكم وأفراد يعاونوه يثق فيهم، إن شاء أبقاهم وإن شاء عزلهم. ولحقبة طويلة من الزمن ظلت ميزة لشاغليها تشعرهم بالتعالي والخيلاء بحكم النظر إليهم كنخبة من علية القوم في خدمة الحاكم لا الشعب. فولاؤهم في ذلك الوقت لم يكن إلا للحاكم فحسب، أما الشعب فلم يكونوا ملتزمين تجاهه بواجبات، ولم يكن تقصيرهم في حق الأفراد يوجب المساءلة والمجازاة.

وبقي الحال كذلك إلى أن أدى تطور وتشعب وظائف الدولة، خاصة في القرن الحالي، إلى تضخم عدد الموظفين لمواجهة الأعباء التي تكفلت بها الدولة وممارسة وظائفها العامة تحقيقاً لأهدافها، فتغيرت النظرة إلى الوظيفة العامة والقائمين عليها، فلم تعد صفة الوظيفة العامة سلطة وميزة لشاغلها كما كانت عليه من قبل، بل أضحت خدمة عامة وتكليفاً للقائمين عليها هدفها خدمة المواطنين، وصار واجباً في أعمالها أن تتجه دوماً إلى تحقيق الصالح العام وأن تؤدى بطريقة موضوعية وفي الحدود التي ترسمها القوانين واللوائح دون اعتداد أو التفات إلى ثروات الأفراد أو مراكزهم أو انتمائهم الطبقي[1]. وهي معان تضمنها دستور دولة الإمارات العربية المتحدة في صلبه وأجملها بنصه في المادة ٣٥ منه على أن «الوظائف العامة خدمة وطنية تناط بالقائمين بها، ويستهدف الموظف العام في أداء واجبات وظيفته المصلحة العامة وحدها»، وأكدها قانون الخدمة المدنية في

(١) للتفصيل راجع مؤلفنا عن « الجرائم الماسة بنزاهة الوظيفة العامة » ، الجزء الأول، أسيوط، مكتبة الآلات الحديثة، ١٩٨٥، ص٣ ومابعدها.

الحكومة الاتحادية[1] بنصه على أن « الوظائف العامة تكليف للقائمين بها هدفها خدمة المواطنين تحقيقاً للمصلحة العامة طبقاً للقوانين واللوائح المعمول بها (م٥٦)، وكرسها مشروع المدونة الدولية لسلوك الموظفين العامين الذي أقرته مؤخراً لجنه الأمم المتحدة لمنع الجريمة والعدالة الجنائية[2] بإعلانه في الفقرة الأولى من البند (أولاً) الوارد تحت عنوان "مبادىء عامة "أن " الوظيفة العامة أمانة ومسؤولية عامة.... "[3]. ومن هذا المنظور القانوني تغدو ولاية الوظائف العامة تكليفاً يقتضي بذل الجهد للنهوض بالمسئوليات العامة وخدمة المجتمع لا تشريفاً مجرداً يزدهيه الجاه والترف أو مغنماً يحقق الثراء والدعة.

(١) الصادر بالقانون الاتحادي رقم ٨ لسنة ١٩٧٣ والمعدل بالقانون الاتحادي رقم ٥ لسنة ١٩٧٨.

(٢) وضع مشروع هذه المدونة إعمالاً للقرار رقم (٧) لمؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين الذي عقد في هافانا في الفترة من ٢٧أغسطس - ٧سبتمبر ١٩٩٠. على أن يعرض على مؤتمر الأمم المتحدة التاسع لمنع الجريمة ومعاملة الجريمة الذي عقد بالقاهرة عام ١٩٩٥. ووافقت على اعتماده، بناء على اقتراح من هولندا ودول أخرى، لجنة الأمم المتحدة لمنع الجريمة والعدالة الجنائية في دورتها الخامسة التي عقدت في فينا خلال الفترة من ٢١-٣١ مايو ١٩٩٦. ويتضمن هذا المشروع سبعة بنود عناوينها، على التوالي، كالتالي : مبادىء عامه، تضارب المصالح وفقدان الأهلية، الإفصاح عن الأصول، قبول الهدايا أو غيرها من المجاملات، إفشاء المعلومات السرية، التعليقات العلنية والنشاط السياسي، الإبلاغ / الإجراءات التأديبية / التنفيذ.

(٣) تنص بقية هذه الفقرة على أن " الولاء الأساسي للموظفين العامين إنما هو لبلدهم عن طريق المؤسسات الديمقراطية للحكومة ، وليس للأشخاص أو الأحزاب السياسية أو إدارات أو هيئات حكومية بعينها " . كما تنص الفقرة الرابعة من نفس البند على أن " يتوخى الموظفون العاملون الحرص والإنصاف والحيدة والنزاهة لدى القيام بوظائفهم، وبخاصة في علاقاتهم مع الجمهور . ولا يجوز لهم في أي وقت من الأوقات منح معاملة تفضيلية لأي جماعة أو فرد، أو التحيز ضد أي جماعة أو فرد، أو خلافا لذلك إساءة استعمال السلطة والصلاحية المخولتين لهم ".

وتعد الوظيفة العامة وعاء السلطة العامة والخدمة العامة في نفس الوقت. وهي بهذه المثابة مرآة الدولة ولسان حالها. فالموظفون القائمون عليها هم أداة الحكم وعصب الدولة وساعدها المنفذ، وعلى كفاءتهم ونزاهتهم في أداء المهام الموكولة إليهم ونهوضهم بمسؤولياتهم يتوقف نجاح الدولة في تنفيذ سياستها وتحقيق أهدافها. وأي انحراف أو فساد يتطرق إليهم يؤدي حتماً إلى فساد الوظيفة العامة والأداة الحكومية، مما يمس الدولة في الصميم ويخل بالثقة التي وضعها الشعب في حسن أدائها لواجباتها، ويولد مشاعر عدم الرضا والسخط، ويزعزع الثقة في النظام السياسي سواء على المستوى الداخلي أم الخارجي.

ولهذا تولي الدول عناية بالغة في الوقت الحاضر لأمر اختيار العنصر البشري الكفء والمؤهل علمياً وفنياً وخلقياً لمباشرة مهام الوظيفة العامة والنهوض بمسئولياتها إدراكاً منها لخطورة الدور المنوط بالقائمين عليها والذي يترتب عليه ارتقاء الدولة أو انحطاطها. وهو ماتتبدى بعض مظاهره في حرصها على سن القوانين التي تضع الشروط اللازمة لحسن انتقائهم من بين أفضل و أكفأ وأنزه المواطنين، وتحدد سلطاتهم وكذا واجباتهم والجزاءات التي توقع عليهم عند الإخلال بها[1].

---

(١) ومن قبل هذه القوانين وضع الرسول عليه الصلاة والسلام القواعد المثلى لاختيار موظفي الدولة فتحرى فيمن يلي أمراً من أمور المسلمين خصالاً عدة تتم بها صلاحية المرشح للولاية ضماناً للمصلحة العامة، أهمها: ١- توفر الكفاية الإدارية والفنية، وهو ماعبر عنه الرسول عليه الصلاة والسلام بقوله: « من ولي أمر المسلمين فولى رجلاً وهو يجد من هو أصلح للمسلمين منه فقد خان الله ورسوله» وقوله: « أيما رجل استعمل رجلاً على عشرة أنفس علم أن في العشرة أفضل ممن استعمل فقد غش الله ورسوله». وعن أبي ذر الغفاري قال : قلت يارسول الله ألا تستعملني. قال : فضرب بيده على منكبي ثم قال« يا أبا ذر إنك ضعيف =

٢- أخلاقيات الوظيفة العامة وانعكاساتها على قانون الخدمة المدنية الاتحادي:

للوظيفة العامة، كنشاط حكومي، خصائص عدة تفرض على شاغلها أنماطاً من السلوك يتعين أن يلتزمها سواء في أداء أعمالها أم في حياته الخاصة أو حتى بعد انتهاء خدمته وإحالته إلى التقاعد. ومرد جل هذه الخصائص أن نشاط الموظف العام لايقتصر على الجانب الفني والإداري وانما يمتزج به جانب سياسي، فضلاً عن احتكار الجهاز الإداري في الدولة تقديم مجموعة من الخدمات الجوهرية التي لاغنى عنها لأفراد المجتمع ولامفر أمامهم من قبولها كما تقدم لهم. فمن جهة، يضع النظام السياسي أهدافه وسياسته العامة، عادة في شكل قواعد وخطوط عامة يتولى أرباب الوظائف العامة وضع الخطط اللازمة لتنفيذها بما يشمله ذلك من تحديد دقيق للأهداف الفرعية ووضع برامج العمل المحققة لها، الأمر الذي يجعل للموظف دوراً مؤثراً في التحديد الدقيق للأهداف الفرعية للسياسة العامة وتحديد مسار تحقيقها، فيفرض عليه استيعاب الإطار الفلسفي للسياسة العامة والتزامه بالولاء لها على نحو يقيد حريته في التعبير عن آرائه وذلك بالقدر اللازم لحسن سير المرفق العام، مما يلقي على عاتقه واجباً بالتحفظ

= وإنها أمانة، وإنها يوم القيامة خزي وندامة إلا من أخذها بحقها وأدى الذي عليه فيها».

٢-التزام حدود الشرع حيث لاطاعة لمخلوق في معصية الخالق على مايقول الرسول الكريم.

٣- التوفر على العمل والانقطاع له، وهو ما عبر عنه قول الرسول عليه الصلاة والسلام: «من ولاه الله من أمر المسلمين شيئاً فاحتجب عن حاجتهم احتجب الله عن حاجته يوم القيامه».

٤-التحلي بنقاء الذمة وطهارة اللسان واليد. ومع التزام هذه الضوابط في اختيار الموظفين فلم تكن تترك لهم الحرية المطلقة في تصريف الشؤون العامة وإنما كانوا قيد المراقبة الدائمة إن بالنسبة لمهام وظائفهم أو بالنسبة لثرواتهم وما قد يطرأ عليها من تضخم ينبىء عن استغلالهم غير المشروع لوظائفهم.

و هو يعبر عن آرائه، فلا يدلي بها بصورة تعرض للتشويه أداء المرفق العام للوظائف المناطة به أو تجعل صعباً ممارسته لمهامه الوظيفية في المرفق الذي وجه إليه انتقاداته[1] . وبحكم كونه بمثابة سفير للحكومة (بمفهوم النظام السياسي) يجب ان يحرص على أن يكون خير ممثل لها وأن يبذل سائر طاقته في توثيق الروابط وتعزيز الثقة وتحقيق التعاون بين الحكومة والجماهير مما يسهم فيه، ويؤكد التئام سياسة التنفيذ مع السياسة العامة. وبصفته السالفة، كسفير للحكومة، يجب عليه عدم الخروج على ماتقتضيه الوظيفة من احترام وثقة وأن يلتزم بقيم المجتمع السائدة. ومن جهة ثانية، تفرض الطبيعة الاحتكارية لانشطة الإدارات والمنظمات الحكومية خضوع النظام الإداري في الدولة لنظام قانوني خاص وإيلاء عناية قصوى من جانب المقنن لسلوك الموظف العام تجنباً لاحتمالات التقصير في تقديم الخدمات الحيوية أو توقف تقديمها لما يؤدي إليه ذلك من اضطراب حياة الأفراد وحدوث فوضى جماعية. ومن هنا كان بدهياً ان تفرض تشريعات الوظيفة العامة في سائر الدول على شاغليها عدداً من الواجبات والمحظورات المرتبطة بهذه الطبيعة الاحتكارية، كالتزامه بأداء العمل المنوط به بنفسه وبدقة وأمانة وأن يخصص وقت العمل الرسمي لأداء واجبات وظيفته وجواز تكليفه بالعمل في غير أوقات العمل الرسمية إذا اقتضت مصلحة

---

(١) إبرازاً لأهمية هذا الالتزام الوظيفي نص البند سادساً/١٣من مشروع المدونة الدولية لسلوك الموظفين العامين ، السابق الإشارة إليه ، على أنه " لايجوز للموظفين العامين الخوض في الانتقاد العلني للسياسات التي تتبعها الحكومة أو الإدارة . وعليهم الإحجام عن إبداء آرائهم الشخصية علانية بشأن الأمور الجدلية السياسية أو السياسة العامه للحكومة . على أنه يجوز لهم الإدلاء بأحاديث أو إلقاء محاضرات أو كتابة مقالات أو أوراق الاجتماعات ويكون ذلك - رهناً بحصولهم على إذن مسبق بذلك ".

العمل ذلك وطاعة رؤسائه وعدم اشتغاله بأعمال أخرى تؤثر في مستوى أدائه في تقديم الخدمة العامة، وحظر إساءة استخدامه السلطة الوظيفية أو استغلالها لتحقيق منافع شخصية.

ومع التسليم بتأثر حسن سير الجهاز الإداري بالدولة، ونجاحه في الوفاء برسالته، بجماع ظروف وعوامل متعددة(1)، إلا أن تمسك أعضاء هذا

(1) تكتنف المحاولات العلمية التي تستهدف قياس مدى الفساد في أوساط الموظفين العموميين العديد من الصعوبات نظراً لخفاء هذه الظاهرة واستتارها واختلاف حساسية الرأي العام تجاه الفساد الوظيفي بدرجة ملحوظة من دولة إلى أخرى ومن ثقافة إلى أخرى، فضلاً عن عدم وجود وسيلة لقياس مدى الفساد ودرجته بأي معيار دقيق. ومن شأن ذلك أن يجعل أية مقارنة بين فترة وأخرى أو بين دولة وأخرى أمراً بالغ الصعوبة، إن لم يكن مستحيلاً، خاصة إذا وضعنا في الاعتبار اختلاف وتغير عناصر القمع المستخدمة وأحكام العقوبات. ومع ذلك فقد أسهمت أربع دراسات حديثة في رسم صورة للفساد في أوساط الموظفين العموميين ودرجة حدته ومداه في نحو أربعين بلداً من وجهة نظر عشرات الآلاف من المديرين التنفيذيين للعمل التجاري. لتفصيل أوفى حول هذه الدراسات ونتائجها، راجع: ارنولد ج هايدن نهايمر، معالم الفساد: دراسة من منظور مقارن، المجلة الدولية للعلوم الاجتماعي، سبتمبر ١٩٩٦، ع١٤٩، ص٥٣ ومابعدها. **وفي دولة الإمارات** يبين من مطالعة الاحصاءات الجنائية، أن حجم الإجرام الوظيفي بها بالغ الضآلة بالنسبة لحجم الإجرام الكلي بالدولة. ففي عام ١٩٥٩بلغ إجمالي ما أبلغ عنه من جرائم متعلقة بالوظيفة العامة ١٥٣ جريمة شكلت نسبة ٣٨ر. ٪ من إجمالي الجرائم المبلغ عنها، وفي عام ١٩٩٦ ارتفع عدد هذه الجرائم إلى ١٨٥ جريمة شكلت نسبة ٤٩ر. ٪ من إجمال يالجرائم المبلغ عنها. ومن هذه النسبة الضئيلة بلغت نسبة جرائم عرض الرشوة دون قبولها ٠٢ر٧٪ بعدد ١٣ جريمة. وأبلغ عن جريمة واحدة لطلب رشوة، وجريمة واحدة لاستعمال الموظف سلطة وظيفته في وقف أو تعطيل تنفيذ القوانين وما إليها، وجريمة واحدة لاستعمال الموظف القسوة مع أحد من الناس اعتماداً على سلطة وظيفته.[المعطيات الاحصائية سالفة الذكر مستخرجة بمعرفتنا من إحصاءات وزارة الداخلية عامي ٩٥/١٩٩٦م].

الجهاز من الموظفين العامين بأخلاقيات الوظيفة العامة ونمط السلوك الذي تفرضه عليهم طبيعة النشاط الحكومي ينضوي تحت أهمها. ويفسر ذلك الاهتمام البالغ الذي أولته دولة الإمارات العربية المتحدة، كسائر الدول، للواجبات والمحظورات السلوكية المتعين على الموظف العام الالتزام بها. والبادي في اعتبار الوظيفة العامة، حسب نص المادة ٣٥ من الدستور «من خدمة وطنية» يستهدف القائم بها في أداء واجباتها« المصلحة العامة وحدها»، وفي تحديد قانون الخدمة المدنية الاتحادي لطبيعتها كتكليف للقائم بها وتحديده لهدفها في « خدمة المواطنين تحقيقاً للمصلحة العامة» (م٥٦)، وحرصه على إبراز عدد من السلوكيات الإيجابية أو السلبية الواجبة على الموظف العام بإيرادها والنص عليها، على سبيل التخصيص والتمثيل، في المواد من ٥٧ إلى٦٢ الواردة بفصله السابع تحت عنوان بـ« واجبات الموظفين والأعمال المحظورة عليهم»[1].

---

(١) جاءت واجبات الموظف العام والأعمال المحظورة عليه في قانون الخدمة المدنية الاتحادي متفقة في خطوطها العريضة مع ما أورده في قوانين التوظف كل من المشرع المصري والسعودي وأكثر الدول العربية الأخرى، غير أن المشرع الإماراتي تميز بإضافته إلى المحظورات أن ينتمي الموظف إلى إحدى المنظمات أو الهيئات أو الأحزاب العاملة في مجال السياسة أو أن يعمل لحسابها أو أن يشارك في الدعاية أو الترويج لها(م٥٨). ولاتقف الواجبات والمحظورات في هذا القانون، كشأن القوانين المتعلقة بالوظيفة العامة في مختلف الدول، عند المظاهر السلوكية المتعلقة بالوظيفة مباشرة، وإنما تمتد إلى حياة الموظف الخاصة. ومن الواجبات والأعمال المحظورة فيه ماتنص عليه المادة ٥٧ من أنه « يجب على الموظف أن يقوم بنفسه بالعمل المنوط به وأن يؤديه بدقة وبأن يخصص وقت العمل الرسمي لأداء واجبات وظيفته وعليه أن يراعي القوانين واللوائح وتوجيهات الرؤساء والتقيد في إنفاق أموال الدولة بما تقتضيه الأمانة والحرص عليها». وتنص المادة ٥٨ على أن « تحدد مواعيد العمل بقرار من =

٣- التنظيم القانوني للوظيفة العامة ودور التقنين العقابي:

يسهم أكثر من تشريع، كل حسب هدفه، في وضع ضوابط العمل الوظيفي العام. واسهام التشريع العقابي في هذا الصدد يتبدى في حرصه على حماية كافة مقـومات حسن أداء الوظيفة العامة من خـلال تجريم العديد من مظاهر السلوك، الإيجابـي أو السلبي، التي تضر هذه المقومـات أو تعرضـها للخطر، بغية تامين نزاهة الوظيفة العامة وحيدتها وكفالة أدائها وفقاً لقواعد محددة تحـقق العـدالة والمسـاواة وتضمن انـتظام الأداء الحكومي. ومن هنا كـانت الوظيفة العامة، في سائر التشريعـات، محل حماية جنائية ضد الأفعال التي تشكل اعتداءً عليها سواء وقعت من الأفراد العاديين أم من الموظفين العموميين

= مجلس الوزراء بناء على اقتراح مجلس الخدمة المدنية ويجوز للوزير أو وكيل الوزارة كل في نطاق اختصاصه تكليف الموظف بالعمل زيادة على عدد ساعات العمل الرسمية إذا اقتضت مصلحة العمل ذلك » . وتقضي المادة ٦٠ بأنه « لايجوز للموظف أن يؤدي للغير أعمالاً بمرتب أو بدون مرتب ولو في غير أوقات العمل الرسمية إلا بإذن من الوزير المختص.. ومع ذلك يجوز أن يتولى الموظف أعمال القوامة والوصاية والوكالة عن الغائبين بمرتب أو أجر إذا كان المشمول بالقوامة أو الوصاية أو الغائب ممن تربطه به صلة قربى أو نسب». كما تقضي المادة ٦١ بأنه « لايجوز للموظف أن تكون له مصلحة بالذات أو بالواسطة في أعمال أو مقاولات تتصل بأعمال الوزارة التابع لها». وتحظر المادة ٦٢ على الموظف أن :

١- أن يفضي بالأمور التي يطلع عليها بحكم وظيفته إذا كانت سرية بطبيعتها.

٢- أن يحتفظ لنفسه بأصل أية ورقة من الأوراق الرسمية ولو كانت خاصة بعمل كلف به.

٣- أن يستأجر عقارات أو أراضي أو غيرها بقصد استغلالها في المجال الذي تؤدي فيه أعمال وظيفته لو كان لهذا الاستغلال صلة بعمله.

٤- أن يلعب القمار.

٥- أن يرتكب أعمالاً مخلة بالشرف أو الاحترام الواجب للوظيفة.

٤- التقنين العقابي ومفهوم الموظف العام:

تختلف التشريعات العقابية فيما يتعلق بتحديد مفهوم الموظف العام من حيث شمول هذا المفهوم للمسميات المتعددة لمختلف فئات العاملين بالدولة من ناحية، ومدى اختلاف هذاالمفهوم عن المفهوم الإداري له من ناحية أخرى. ويرتد هذا الاختلاف، بصفة أساسية، إلى اختلاف الأنظار الفقهية والتشريعية في مدى الأخذ بإحدى قاعدتين في هذا الشأن: (أولاهما) تقضي بالرجوع إلى القانون الإداري في التعريف بالموظف العام بحكم أن النظام القانوني للدولة نظام متكامل، فتكون القاعدة، التي يضبطها المشرع في قانون ما، واجبة التطبيق في أي قانون آخر مالم ينص على خلاف ذلك ٠ (والثانية) تقضي بمراعاة ذاتية قانون العقوبات وما تستتبعه من وجوب تفسير المصطلحات والمفاهيم التي يستخدمها هذا القانون على هدي وظيفته في الدفاع الاجتماعي والمصالح محل الحماية في النص التجريمي دون التقيد بالمفهوم المحدد لتلك المصطلحات في القوانين الأخرى، مما مقتضاه أنه إذا كان لمصطلح الموظف العام في القانون الإداري مفهوم ضيق لايفي أو يكفي لضمان الحماية اللازمة للمصلحة التي يبغي المشرع الجنائي حمايتها، فليس عليه أن يلتزم هذا المفهوم الضيق، وإنما يتعين أن يعطي له المفهوم المناسب حتى يكفل للمصلحة التي يتصدى لها أقصى درجات الحماية.

وتبعاً لاعتناق مبدأ الذاتية أو طرحه، تختلف التقنينيات العقابية في شأن مفهوم الموظف العام الذي تأخذ به. فمنها ما يطبق مبدأ الذاتية بصورة كليه أو مطلقة فيصك للموظف العام تعريفاً عاماً مجرداً يورده في صلبه ضمن أحد نصوصه ليطبق على جميع المسائل الجنائية ويسري على جميع

الوقائع التي تثور فيها هذه الصفة[1]. وبهذا النهج أخذ مشروع المدونة الدولية لسلوك الموظفين العامين الذي وضعه فرع منع الجريمة والعدالة الجنائية التابع للأمم المتحدة فنص في مقدمته على أنه " يقصد بتعبير الموظفين العامين.... جميع الأشخاص المخولة لهم سلطة وصلاحية وضع السياسات العامة واتخاذ القرارات الحكومية أو تنفيذها أو إعمالها أو تعديلها أو

(١) من هذه التقنينات ، قانون العقوبات الألماني الصادر سنة ١٩٧٥ والمعدل سنة ١٩٨٠. (م١١) والنمساوي لسنة ١٩٧٤ (م٧٤) والإيطالي لسنة ١٩٣٠. (م٣٥٧) والروماني لسنة ١٩٦٨ (م١٤٧) والقطري لسنة ١٩٧١ (م٣) والمغربي (فصل ٢٢٤) واليمني الجديد رقم (١٢) لسنه ١٩٩٤ (م١/فقره٢) والتونسي (فصل٨٢). ويقرر الأخير على سبيل المثال أنه" يعتبر موظفاً عمومياً في نظر هذا القانون كل فرد من أفراد رعايانا الذي بأي تسمية وبأي وسيلة كانت استولى ولو مؤقتًا في خطة أو نيابة إجراؤهامرتبط بمصلحة من النظام العام سواء كان ذلك بأجر أو مجاناً بحيث يكون بهذه الصفة مشاركاً في خدمة الدولة أو الإدارات العمومية أو الإدارات البلدية وغيرها مما فيه مصلحة عمومية من الإدارات التي للدولة حق المراقبة عليها ، ويشبه بالموظفين العموميين الأشخاص الذين ينتخبهم الناس أو تنوبهم العدلية بصفة عرفاء أو محكمين أو مترجمين".

ويستعمل قانون العقوبات العراقي الصادر سنة ١٩٦٩ عدة تعبيرات للدلالة على الموظف العام منها الموظف والمستخدم والمندوب عن الحكومة ، غير أنه أطلق لفظاً جامعاً عليه هو "المكلف بخدمة عامة " وعرفه في المادة ٢/١٩ بأنه " كل موظف أو مستخدم أو عامل أنيطت به مهمة عامة في خدمة الحكومة ودوائرها الرسمية وشبه الرسمية والمصالح التابعة لها أو الموضوعة تحت رقابتها ويشمل ذلك رئيس الوزراء وأعضاء المجالس النيابية والإدارية والبلدية كما يشمل المحكمين والخبراء ووكلاء الدائنين والمصفين والحراس القضائيين وأعضاء مجالس الإدارة والمديرين والمستخدمين في المؤسسات والشركات والجمعيات والمنظمات والمنشآت التي تساهم الحكومة أو إحدى دوائرها الرسمية أو شبه الرسمية في مالها بنصيب ما بأية صفة ، وعلى العموم كل من يقوم بخدمة عامة بأجر أو بغير أجر"انظر : نبيل عبد الرحمن حياوي ، قانون العقوبات رقم ١١١ لسنه ١٩٦٩ ، بغداد ، مكتبة النهضة ، ١٩٨٥، ص٢٥.

إلغائهـا، وتقديم الخـدمات إلى عـامة الجمـهور، بأجـر أو بدون أجر". ومن التقنينات العقابيـة ما ينبذ مبدأ الذاتية في مجال تحديـد مفهوم الموظف العام فلا تـورد له تعريفـا أو تحديداً ضـمن نصوصـها اكـتفـاءً بمفهـومه الإداري باعتباره الواجب الاتباع في المجال الجنائي[1]. ومنها، أخيـراً، ما يسلك بين الاتجاهين مـسلكاً وسطاً فلا يعـتنق في تحديده للمـفهوم الجنائـي للموظف العام مبـدأ الذاتية أو يرفضه بصـورة مطلقة، بل يأخذ به بصورة جـزئية إما بالنص على بعض فـئات العـاملين واعتـبارهم مـوظفين عمـوميين في كـافة المسائل الجـنائية[2] أو بإسـباغ صـفة الموظف العـام على طوائف أو فئـات أو

(١) كقانون العقوبات الجزائري الصادر سنة ١٩٦٦ الذي استعمل عدة تعبيرات للدلالة على الموظف العام توحي باختلاف مدلولها، كقول المادة ١٤٢ "كل موظف عام منتخب أو مؤقت"، وقول المادة ١٤١ "كل قاضي أو موظف عام". وإن كانت المادة ١١٩ منه قد حددت طوائف الأشخاص التي تعتبر في حكم الموظف العام في نظر قانون العقوبات بقولها "يعد شبيها بالموظف في نظر قانون العقوبات كل شخص تحت عنوان تسمية وفي نطاق أي إجراء ما يتولى ولو مؤقتاً وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون ويسهم بهذه الصفة في خدمة الدولة أو الإدارات العامة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية أو الوحدات المسيرة ذاتياً للإنتاج الصناعي أو الفلاحي أو أي هيئة في القانون الخاص تتعهد بإدارة مرفق عام". وفي تجريمه للرشوة وسع المشرع الجزائري من هذا المفهوم بمقتضى المادة ١٢٦ع التي أضفت على طوائف أخرى صفة الموظف العام.

(٢) كقانون العقوبات البحريني الصادر سنة ١٩٧٦(م١٠٧) ومشروع قانون العقوبات المصري لسنة ١٩٦٧(م ١٦٧). فيقرر أولهما أنه "يقصد بالموظف العام في حكم القانون: ١- القائمون بأعباء السلطة العامة والعاملون في وزارات الحكومة ومصالحها ووحدات الإدارة المحلية. ٢-أفراد القوات المسلحة. ٣- أعضاء المجالس والوحدات التي لها صفة نيابية عامة سواء كانوا منتخبين أم معينين. ٤- كل من فوضته إحدى السلطات العامة في القيام بعمل معين وذلك في حدود العمل المندوب له. ٥- رؤساء وأعضاء مجالس الإدارة والمديرون وسائر العاملين في =

أشخاص معينة بالنسبة لبعض الجرائم دون غيرها على نحو يرتبط فيه تحديد مفهوم الموظف العام بمواضع التجريم المختلفة فتارة يعطي له معناً ضيقاً وتارةً أخرى يتوسع في معناه طبقاً للاعتبارات التي يقدرها المشرع الجنائي[1].

٥- منهج قانون العقوبات الإماراتي في تحديد المقصود بالموظف العام:

سلك قانون العقوبات الاتحادي، في تحديد مفهومه للموظف العام، مسلكاً وسطاً بين التشريعات التي أخذت في هذا المجال بمبدأ الذاتية وتلك التي نبذته، فسكت عن إيراد تعريف للموظف العام يتصف بالعمومية والشمول في نصوصه، ولم يستصوب الرجوع في تعريفه إلى المفهوم الإداري له، بل آثر اتباع أسلوب التعداد الحصري في تحديده لمدلول الموظف العام بأن أورد بياناً لطوائف وفئات معينة واعتبرها، بناء على نظرة موضوعية للمهام التي يقومون بها،موظفين عموميين تسري عليهم سائر أحكامه، مدرجاً ضمنهم أشخاصًا ليسوا من الموظفين العموميين طبقاً لقواعد القانون الإداري، مما يظهر اتجاهه إلى التوسع في تحديد مدلول الموظف العام بعدم الوقوف

= الهيئات والمؤسسات العامة . ٦- رؤساء وأعضاء مجالس الإدارة والمديرون وسائر العاملين في الوحدات التابعة للهيئات والمؤسسات العامة. ويستوي أن تكون الوظيفة أو الخدمة دائمة أو مؤقتة، بأجر أو بغير أجر ، طواعية أو جبراً . ولا يحول انتهاء الوظيفة أو الخدمة دون تطبيق أحكام هذا القانون متى وقع العمل أثناء توافر الصفة ". ولا يختلف هذا النص في صياغته وتحديده للمقصود بالموظف العام في تطبيق أحكامه عن نص الماده ١٦٧ من مشروع قانون العقوبات المصري المشار إليه إلا في إضافة الأخير لطوائف الفئات التي اعتبرها موظفين عموميين رؤساء وأعضاء مجالس الإدارة والمديرون وسائر العاملين في شركات القطاع العام ، ورؤساء وأعضاء مجالس الإدارة العاملين في الجمعيات والمؤسسات ذات الصفة العامة.

(١) كقانون العقوبات المصري .

عند مفهومه الإداري في شان تطبيق أحكامـه توفيراً لأقصى درجات الحماية الجنائية لمقومات حسن أداء الوظيفة العامة وكفالة سيرها الطبيعي المطرد ونزاهة الأداة الحكومية، ويكشف عن اتجاهه إلى تطبيق مبدأ الذاتية بصورة جزئية أو نسبية عند تحديده لمدلول الموظف العام في نطاق أحكامه.

والطوائف التي اعتبرها قانون العقوبات الإماراتي موظفين عموميين في حكمه وردت في مادتـه الخامسة التي يجري نصـها على أن « يعتبر موظفاً عاماً في حكم هذا القانون :

١- القائمون بأعباء السلطة العامة والعاملون في الوزارات والدوائر الحكومية[1].

---

(١) وليست الدائرة الخاصة لرئيس الدولة وولي العهد ، كما قضت المحكمة الاتحادية العليا ، من الدوائر الحكومية الاتحادية والدوائر الحكومات الأعضاء في الاتحاد . فهي تخرج من نطاق التحديد الذي أوردته المادة السابعة من ق.ع الاتحادي للحكومة بقولها " تشمل كلمه الحكومة الواردة في هذا القانون الحكومة الاتحادية وحكومات الإمارات الأعضاء في الاتحاد مالم يقتضي سياق النص غير ذلك " . وباعتبار التعريفات الواردة في ق.ع الاتحادي ناسخة فيما وردت بشأنه للتعريفات المماثلة الواردة في القوانين العقابية الأخرى، فإن موظفي الدائرة الخاصة لايعتبر أيهم موظفاً عاماً . وتدعيماً لذلك، أضافت المحكمة أن دائرة الفتوى والتشريع بوزارة العدل أصدرت بتاريخ ١٩٨٦/١/١٤فتوى مفادها أن الموظف العمومي هو الذي يتقاضى مرتبه من ميزانية الدولة العامة أو ميزانية حكومة الإمارة وبالتالي لاتعتبر الدائرة الخاصة دائرة حكومية بل هى دائرة خاصة تابعة لأصحاب السمو ، وكذلك لايعتبر العامل أو الموظف في هذه الدائرة موظفاً عاماً . واختيار أصحاب السمو الشيوخ القواعد المطبقة في شأن الوظائف العامة السائدة في الدول أو إمارة من الإمارات لتطبيقها على عمال وموظفي الدائرة الخاصة لايضفي على أحدهم صفة الموظف العام". المحكمة الاتحادية العليا، جلسة ١٧نوفمبر١٩٩٣، الطعن رقم ٦٨لسنة ١٥ القضائية، مجموعة الاحكام الصادرة من الدائرة الجزائية والشرعية الجزائية ودوائر تاديب المحامين والخبراء، السنة الخامسة عشرة (١٩٩٣). مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة ، ١٩٩٦ ، رقم ٨٧ ، ص٤١٧. =

٢- أفراد القوات المسلحة (1).
٣- رؤساء المجالس التشريعية والاستشارية والبلدية وأعضاؤها.
٤- كل من فوضته إحدى السلطات العامة القيام بعمل معين، وذلك في حدود العمل المفوض فيه.
٥- رؤساء مجالس الإدارة وأعضاؤها والمديرون وسائر العاملين في الهيئات والمؤسسات العامة.
٦- رؤساء مجالس الإدارة وأعضاؤها والمديرين وسائر العاملين في

= وقضت محكمة التمييز بدبي بأنه لما كان المشرع بنصه في المادة الخامسة من قانون العقوبات على أن " يعتبر موظفاً عاماً في حكم هذا القانون : ١- القائمون بأعباء السلطة العامة والعاملون في الوزارات والدوائر الحكومية ... وفي المادة ٢٣٤ من ذات القانون على معاقبة كل موظف عام أو مكلف بخدمة عامه يرتكب جريمة الرشوة. فقد دل ذلك على اتجاهه إلى التوسع في تحديد مدلول الموظف العام في جريمة الرشوة وأراد معاقبة جميع العاملين في الحكومة والجهات التابعة لها فعلاً أو الملحقة بها حكماً مهما تنوعت أشكالها وأياً كانت درجة الموظف في سلم الوظيفة أو النظام القانوني الذي يربطه بها أو نوع العمل المكلف به لافرق بين من يعين منهم بموجب لائحة أو بموجب عقد عمل ولابين الدائم منهم وغير الدائم ولا بين من له الحق في المعاش أو من لاحق له فيه". محكمة التمييز بدبي ، جلسة ١٢يونيو ١٩٩٣، الطعن رقم ١٤ لسنة ١٩٩٣ "جزاء" ، مجلة القضاء والتشريع ،دبي ، ع ٣ ، نوفمبر ١٩٩٥ ص ١٠٩٣. وقارن نفس المعنى بالنسبة لجريمة الاختلاس : نقض مصري ١٠يونيو ١٩٦٨ ، مجموعة الأحكام ، س١٩ ، رقم١٣٨ ،ص ٦٧٩.

(1) والضباط ، ومن إليهم من المعينين بصفة دائمة، يعدون من الموظفين العموميين طبقاً للمدلول الإداري للموظف العام ، فلا يحرمهم خضوعهم في حياتهم الوظيفية لقانون خاص من صفتهم كعاملين في الدولة . أما المجندون من أفراد هذه القوات - حينما يؤخذ بنظام التجنيد - فإنهم يدخلون في عداد المكلفين بخدمةعامة وفقاً لتحديدهم الوارد بنص المادة الخامسة من قانون العقوبات الاتحادي . وقد نص المشرع على هذه الفئة منعاً لأي لبس قاصداً أن تمتد عبارته إلى كل من تصدق عليه من ضباط وجنود أياً كانت رتبتهم أو السلاح الذي يعملون فيه ، وسواء أكانوا رجالاً أم نساء .

الجمعيات والمؤسسات ذات النفع العام[1].

ويعد مكلفاً بخدمة عامة في حكم هذا القانون كل من لايدخل في الفئات المنصوص عليها في البنود السابقة، ويقوم باداء عمل يتصل بالخدمة العامة بناءً على تكليف صادر إليه من موظف عام يملك هذا التكليف بمقتضى القوانين أو النظم المقرره وذلك بالنسبه إلى العمل المكلف به»[2].

---

(١) وهي ، على ما عرفتها المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم ٦لسنه ١٩٧٤ في شأن الجمعيات ذات النفع العام المعدل بالقانون الاتحادي رقم ٢٠لسنة ١٩٨١ ، كل " جماعة ذات تنظيم له صفة الاستمرار لمدة معينة ، أو غير معينة ، تؤلف من أشخاص طبيعيين أو اعتباريين بقصد تحقيق نشاط اجتماعي أو ديني أو ثقافي أو تربوي أو فني أو تقديم خدمات إنسانية أو تحقيق غرض من أغراض البر أو غير ذلك من الرعاية ، سواء كان ذلك عن طريق المعاونة المادية أو المعنوية أو الخبرة الفنية وتسعى في جميع أنشطتها إلى المشاركة في تلك الأعمال للصالح العام وحده دون الحصول على ربح مادي" . وقد اعتبرها المشرع قائمة بمصلحة عامة لمشاركتها الإدارة في العمل على تحقيق حاجات الجمهور أو فئة من فئاته .

وإعمالاً للمادة سالفة الذكر قضت المحكمة الاتحادية العليا بأنه " اذا كانت جمعية أبوظبي التعاونية جمعية استثمارية خاصه ذات عائد ربحي يوزع بين المساهمين فيها.... فإنها لا تدخل ضمن الجمعيات ذات النفع العام " .

المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم ١٧لسنه ١٨قضائية، جلسة ٦ابريل ١٩٩٦، مجلة العدالة، وزارة العدل، أبو ظبي، س٢٣. العدد ٨٨، أكتوبر ١٩٩٦،ص١٤٥.

(٢) وهو نفس التعريف الذي أوردته المادة ١١٩/و من ق.ع المصري للمكلف بخدمة عامة ، والمأخوذ بدوره من تعريفه الوارد بالماده ١٦٨ من مشروع قانون العقوبات المصري لسنة ١٩٦٧ ، والمستمد أصلاً - كما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع - من تعريف للمحكمة الإدارية العليا للمكلف بخدمة عامة في حكمها الصادر في ١٦فبراير ١٩٦٠ ، والذي وضع في المشروع استجابة لذات الاعتبارات التي دعت للتعريف بالموظف العام وحسماً لكل اختلاط في مفاهيم الاصطلاحات.

وفي تطبيق أحكام المادة السابقة يستوي أن تكون الوظيفة أو العمل أو الخدمة دائمة أو مؤقته، بأجر أو بغير أجر، طواعية أو جبراً. ولا يحول إنهاء الوظيفة أو العمل أو الخدمة دون تطبيق أحكامها متى وقعت الجريمة في أثناء توفر الصفة (م ٦ع).

٦- المخالفة التأديبية والجريمة الجنائية:

على نهج أكثر قوانين الخدمة المدنية أو الوظيفة العامة، جاء قانون الخدمة المدنية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة خلواً من تعريف عام للمخالفات التي تؤدي إلي تقرير مسئولية الموظف التاديبية، مكتفياً مثلها، بعد تحديد مجموعة من الواجبات والأعمال المحظورة على الموظف العام، بإيراد نص عام يحظر عليه الخروج على واجبات الوظيفة أو مقتضياتها أو إتيان ما يعد من صور السلوك شائناً. فبعد أن حدد في الفصل السابع منه واجبات الموظفين والأعمال المحظورة عليهم، استهل الفصل الثامن بالنص على أن « كل موظف يخالف الواجبات المنصوص عليها في هذا القانون أو يخرج على مقتضى الواجب في أعمال وظيفته يجازى تاديبياً وذلك مع عدم الإخلال بالمسئولية المدنية أو الجنائية عند الاقتضاء.. » (م ٦٤)

ويتبدى من ذلك أن المخالفة التاديبية تقوم باي تصرف إيجابي أو سلبي من جانب الموظف العام، وصادر عن إرادته، يكون من شانه الإخلال بواجبات الوظيفة أو ما تقتضيه من سلوكيات وظيفية أو شخصية، سواء كانت هذه الواجبات والسلوكيات مقننة أم غير مقننة[1].

(١) لذا يشبه البعض المخالفة التأديبية بجرائم التعزير في الشريعة الإسلامية . فهى جرائم غير محددة في النصوص ، وليس لها عقوبات مقدرة سلفاً ، وذلك على خلاف جرائم الحدود التي فيها اعتداء على حق من حقوق الله سبحانه وتعالى ، وجرائم القصاص التي يعتدى فيها على حق للعباد. د. عبد العزيز عامر ، التعزير في الشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه ١٩٥٥.

فكل موظف يخالف الواجبات التي تنص عليها القوانين أو القواعد التنظيمية العامة أو اوامر الرؤساء الصادرة في حدود القانون، أو يخرج على مقتضى الواجب في أعمال وظيفته، أو يقصر في تاديتها بما تتطلبه من دقة وأمانة، انما يرتكب ذنباً إدارياً يسوغ تاديبه[1]، يستوي في ذلك أن ترد الواجبات أو النواهي في نصوص صريحة أو أن تمليها طبيعة العمل الوظيفي[2]. والمخالفة التاديبية تختلف بذلك عن الجريمة الجنائية في أن الثانية تشكل خروجاً على المجتمع فيما ينهى عنه قانون العقوبات أو يامر به[3]. وهو ما يستتبع أوجهاً أخرى للتمايز والاختلاف بينهما يمكن إيجازها فيما يلي:

أن صور السلوك المكونة للذنب الإداري ليست محددة حصراً ونوعاً وإنما مردها بوجه عام إلى الإخلال بواجبات الوظيفة أو الخروج على مقتضياتها[4].

وهذا ما جرى عليه المشرع الإماراتي، إذ اكتفى في قانون الخدمة المدنية الاتحادي بتحديد أهم الواجبات التي يجب أن يلتزم بها الموظف والمحظورات التي يجب أن ينأى عنها تاركاً تكييف الواقعة بما يجعلها من الذنوب المستحقه للعقاب لتقدير السلطة التاديبية التي تقدر مقتضيات الوظيفة وما يجب أن يكون عليه الموظف في حين أن القاعدة في المجال الجنائي أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وهو ما كرسته المادة ٢٧ من الدستور الإماراتي المؤقت الصادر سنه ١٩٧١ بنصها على أن « يحدد القانون الجرائم

(١) المحكمة الإدارية العليا بمصر في ٥نوفمبر ١٩٥٥ ، س١ ، ص٤.

(٢) المحكمة الإدارية العليا بمصر في ٢٢مايو ١٩٦٥ ، س ١٠ ، رقم ١٤٠٥ ، ص ١٤٣٣.

(٣) المحكمة الإدارية العليا بمصر في ٢٢مايو ١٩٦٥ . سابق الإشارة إليه.

(٤) المحكمة الإدارية العليا مصر، طعن رقم ١٧٢٣ لسنة ٢ق في ٢٥يناير ١٩٥٨.

وعقوبـاتها...»، مسبـوقة في ذلك بشريعتنا الإسـلامية الغراء التي كـان لها الفضل الإنسـاني والسبق التاريخي في إقـرار هذه القاعدة بنصوص قـاطعة الدلالة في ضرورة الإنذار قبل العقاب، كـقوله تعالى في سورة الإسراء ﴿ وما كنا معذبين حـتى نبعث رسولاً﴾ وقوله جل شانه في سـورة القصص ﴿ وما كان ربك مهلك القـرى حتى يبعث في أمها رسولاً يتلـو عليهم آياتنا ويعلمهم الكتاب والحكمـة ﴾ وقوله تعالى في سورة النسـاء ﴿ لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل﴾.

لا تقع المخالفة التـاديبية سوى من الموظفين العـاملين في الجهاز الإداري للدولة وحدهم ويتابعهم التـاديب الإداري عن أخطائهم المسلكية أينما كانوا، سواء وقع الفعل المستوجب للعقوبة داخل الدولة أم خارجها. وتسري أحكام ق. العـقوبات الاتحـادي على من يرتكب جـريمة في إقليم الدولة (م١٦ ع)[1]

(١) تنص المادة ١٦ من ق.ع على أن " تسري أحكام هذا القانون على كل من يرتكب جريمة في إقليم الدولة. ويشمل إقليم الدولة أراضيها وكل مكان يخضع لسيادتها بما في ذلك المياه الإقليمية والفضاء الجوي الذي يعلوها. وتعتبر الجريمة مرتكبة في إقليم الدولة إذا وقع فيها فعل من الأفعال المكونة لها أو إذا تحققت فيها نتيجتها أو كان يراد أن تتحقق فيها".

وتطبيقاً لذلك أيدت المحكمة الإتحادية العليا حكماً بإدانة متهم شرب الخمر وهو على متن طائرة أثناء تحليقها خارج أجواء دولة الإمارات العربية المتحدة ووصل إلى حالة السكر البين عند دخول الطائرة هذه الأجواء ، وردت على طعنه في الحكم بأن فعل الشرب لم يقع منه في إقليم الدولة ولا ينطبق عليه بالتالي قانونها بأن الفقرة الثانية من المادة السادسة عشرة من قانون العقوبات الاتحادي قد نصت على أن تعتبر الجريمةمرتكبة في إقليم الدولة إذا وقع فيها فعل من الأفعال المكونة لها أو إذا تحققت فيها نتيجتها أو كان يراد أن تتحقق فيها ، وأن الحكم المطعون فيه قد أورد في أسبابه مايدل على أن الطاعن كان بحالة سكر بين في الطائرة عندما دخلت أجواء دولة الإمارات العربية وكان بهذه الحالة عند هبوطه على أرض المطار ودخوله =

بغض النظر عن جنسيته أو مهنته، وما إذا كان مواطناً أو وافداً أو زائراً أو عابراً لإقليمها. ولا يبسط هذا القانون سلطانه على ما يقع خارج إقليم الدولة من جرائم إلا استثناءً وفقاً للتحديد والقيود الواردة بالمواد ٢٠ و ٢١ و ٢٣ من ق.ع الاتحادي[(١)].

= صالة الجمارك بمطار أبوظبي الدولي وبذلك تحققت النتيجة التي أرادها الطاعن بالوصول إلى حالة السكر وفقاً لإقراره بأنه تناول حوالى عشرة كؤوس من الويسكي مما حمل الحكم المطعون فيه على استخلاص قصد الطاعن بأنه أراد أن تتحقق نتيجة تناول الخمر وهى السكر في إقليم دولة الإمارات العربية.

المحكمة الاتحادية العليا ، جلسة ٢٠مايو ١٩٩٢، الطعن رقم ٤٨لسنه ١٤ القضائية، مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الجزائية والشرعية الجزائية ودوائر تأديب المحامين والخبراء، س١٤ (١٩٩٢) ، ط١ ، ١٩٩٦ ، ص٢١٣.

(١) فيسري هذا القانون ، حسبما تنص المادة ٢٠من ق.ع الاتحادي ، على كل من ارتكب فعلاً خارج الدولة يجعله فاعلاً أو شريكاً في جريمة من الجرائم الآتية : ١ـ جريمة ماسة بأمن الدولة الخارجي أو الداخلي أو ضد نظامها الدستوري أو سنداتها المالية المأذون بإصدارها قانوناً أو طوابعها أو جريمة تزوير أو تقليد محرراتها أو أختامها الرسمية. ٢ـ جريمة تزوير أو تقليد أو تزييف عملة الدولة أو ترويجها أو حيازتها بقصد ترويجها سواء تمت تلك الأفعال داخل الدولة أو خارجها . ٣ـ جريمة تزوير أو تقليد أو تزييف عملة ورقية أو مسبوكات معدنية متداولة قانوناً في الدولة أو ترويج تلك العملات والمسبوكات فيها أو حيازتها بقصد ترويجها. " كما يسري ، حسبما تنص الماده ٢١ ع اتحادي ، على " كل من وجد في الدوله بعد أن ارتكب في الخارج بوصفه فاعلاً أو شريكاً جريمة تخريب أو تعطيل وسائل الإتصال الدولية أو جرائم الإتجار فيالمخدرات أو في النساء أو الصغار أو الرقيق أو جرائم القرصنة والإرهاب الدولي ".

ولا تقام الدعوى الجنائية ، حسبما تقضي المادة ٢٣ منه ، على من ارتكب جريمة في الخارج إلا من النائب العام . ولا يجوز إقامتها على من يثبت أن المحاكم الأجنبية أصدرت حكماً نهائياً ببراءته أو ادانته واستوفى العقوبة أو كانت الدعوى الجنائية أو العقوبة المحكوم بها سقطت عنه قانونا أو حفظت السلطات المختصة بتلك الدولة التحقيق ".

تختلف طبيعة الجزاءات الإدارية التي تملك السلطة التاديبية توقيعها عند ثبوت الخطأ الإداري عن الجزاءلت الجنائية اختلافاً جوهريًا، فالأولى تمس المركز الوظيفي وأوضاعه ومزاياه فحسب، بينما الثانية أكثر خطورة لأنها تصيب الفرد في ماله أو حريته أو اعتباره أو حتى حياته. وبينما يرمي الجزاء الجنائي إلى حماية حقوق المجتمع باكمله يرمي الجزاء التاديبي إلى حماية حقوق هيئة أو فئة يخضع أفرادها لنظم معينة.

ويترتب على ذلك أن صاحب الحق في المطالبة بتوقيع إولهما هو المجتمع وصاحب الحق في المطالبة بالجزاء التاديبي هو الهيئة أو الفئة التي أخل السلوك بمصالحها. ويحق للهيئة المقرر لمصلحتها الجزاء التاديبي أن تتنازل عن توقيعه في حين أن التنازل عن الجزاءات المقررة للجرائم التعزيرية[1] في قانون العقوبات الاتحادي هو من سلطة

(١) تسري في شأن جرائم الحدود والقصاص والدية ، حسبما تنص المادةالأولى من قانون العقوبات الاتحادي ، أحكام الشريعة الإسلامية. والحدود ، من بين العقوبات ، لاتقبل الاسقاط أو العفو بعد ثبوت سببها ، ولا يجوز تخفيفها أو استبدال عقوبة أخرى بها ، وإن جاز أن تسقط لقيام شبهة بعد الحكم وقبل التنفيذ سواء بالنسبة للإثبات كرجوع شاهد أو رجوع في الاقرار أم بالنسبة للعناصر التي تتكون منها الجريمة الموجبة للحد كنزول قيمة المسروق في الأسواق عن النصاب . وإذا لم يثبت موجب الحد أو درىء لشبهة جاز الانتقال إلى التعزير إذا توافرت عناصر توجبه. والقصاص في النفس وفيما دون النفس حق للفرد . فالمجني عليه أو وليه بالخيار بينه وبين الدية أو اسقاطهما بالعفو أو الصلح. وليس القصاص واجباً دائماً في الجروح وإنما قد تكون العقوبة فيها هى الدية ، مقدرة أو غير مقدرة ، وذلك في حالة تعذر القصاص لعدم المماثلة أو لعدم سلامة العاقبة. ويجوز التصالح في هذه الحالة على مال أقل من الدية . أما في القتل الخطأ والجروح الخطأ فيجوز الصلح على مال لايجاوز الدية المقررة كعقوبة لها لأن الاتفاق على مال أكثر من الدية فيه مخالفة لما قرره الشارع الأعلى من عقوبة للخطأ.

المجتمع[1]. كما أن الجزاء الجنائي لا يصدر الا بحكم قضائي بخلاف التاديبي الذي لا يشترط أن يصدر بحكم قضائي بل قد تصدره السلطة الإدراية.

٧- الواجبات والمحظورات الوظيفية في قانون العقوبات الاتحادي:

لأن كان الأصل أن يتولى القانون التأديبي للوظيفة العامة وضع الإطار العام للمساءلة والجزاء على الخطأ والانحرافات التي قد تقع من الموظف العام أثناء أو بمناسبة أداء مهام وظيفته وممارسة سلطاتها في الحدود العامة أو الخاصة للمهمة المعهودة إليه، إلا أن المشرع الجنائي في سائر الدول كثيراً ما يتدخل لمد دائرة التجريم والعقاب إلى بعض صور الأخطاء الإدارية الناجمة عن الخروج على الواجبات والمحظورات المفروضة على الموظف العام، مقدراً عدم ترك العقاب عليها للجزاء التاديبي وحده، مستهدفاً من ذلك كفالة أقصى درجات الحمايه القانونية لمقومات حسن أداء الوظيفة العامة ونزاهتها، وحسن سير الإدارة العامة ونزاهة الأداة الحكومية بالتالي.

فالدولة حين تخول الموظف العام سلطات ومكنات لتمكينه من أداء الأعباء الملقاة على عاتقه ملزمة إياه بمجموعة من الواجبات والمحظورات لاتستهدف بذلك سوى تحقيق غايات وأهداف معينة تتمثل في الحفاظ على مصلحتها في ضمان سير المرفق العام باضطراد وانتظام، أو بعبارة أخرى ضمان السير الطبيعي للإدارة العامة لتحقيق الصالح للمجموع. والموظف

---

(١) العقوبة التعزيرية مفوضة لولي الأمر من ناحية جنسها وقدرها فله أن يلغي ماقرره منها أو يضيف إليه، وله حق العفو عن الجريمة وعن العقوبة شريطة ألا يمس عفوه حقوق المجني عليه الشخصية البحتة. وعفو المجني عليه عن الجريمة أو العقوبة لا يكون نافذاً نظراً لمساس الجريمة بمصالح المجتمع بأكمله ، وإن كان يؤدي في الواقع إلى تخفيف العقوبة على مرتكبها.

العام بخروجه على هذه الواجبات والمحظورات يتجاوز الحدود المقررة لمباشرة الوظيفة العامة والسلطات المخولة له بحكم وضعه الوظيفي، ويخالف الواجبات الوظيفية العامة والخاصة المفروضة عليه لضمان حسن سير مرافق الدولة وتحقيق أهدافها للصالح العام. والمشرع بتدخله في دائرة الواجبات والمحظورات الوظيفية ليدمغ بعض صور الخروج عليها بوصف الجريمة لا يحمي واجبات الوظيفة في حد ذاتها من الإخلال بها وإنما قصد مضمونها وموضوعها الذي ينحصر في الحفاظ على مصالح الإدارة العامة، مما يستصوب معه وسم هذه الطائفه من الجرائم بجرائم الموظفين العموميين ضد الإدارة العامة بدلاً من الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة كما يجري على ذلك جانب من الفقه وبعض التشريعات[1].

وقد حرص المشرع الجنائي الاتحادي، من جانبه، على حماية كافة مقومات حسن أداء الوظيفة العامة وسيرها الطبيعي والمنتظم من خلال تجريم العديد من مظاهر السلوك، الإيجابي أو السلبي، التي تضر هذه

---

(١) من ذلك القانون رقم ٣١لسنه ١٩٧٠ الخاص بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء الكويتي رقم ١٦لسنه ١٩٦٠الذي جاء الفصل الأول منه معنوناً بـ " الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة العامة" ، وقانون العقوبات الأردني الذي حمل الفصل الأول من الباب الثالث منه نفس العنوان ، وكذلك أيضاً الفصل الثاني من الباب السادس من قانون العقوبات العراقي ، وقانون العقوبات اليمني الجديد رقم (١٢) لسنه ١٩٩٤ الذي جاء الباب الرابع من كتابه الثاني بعنوان " الجرائم الماسة بالوظيفة العامة " ، وورد الفرع الرابع من الفصل الأول منه تحت عنوان " الاختلاس والإخلال بواجبات الوظيفة " (المواد ١٦٢-١٦٥) . أما قانون العقوبات الإتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة فقد وسم الباب الثاني من كتابه الثاني بـ " الجرائم المتعلقة بالوظيفةالعامة" وعالج في أربعة فصول متتالية تضمنها الرشوة واستغلال الوظيفة وإساءة استعمال السلطة والتعدي على الموظفين وانتحال الوظائف والصفات.

المقومات أو تعرضها للخطر. ويزخر قانون العقوبات الاتحادي في كتابه الثاني المخصص للجرائم وعقوبتها بعدد كبير من الجرائم المعاقب فيها على بعض أنماط السلوك المخل بالواجبات والمحظورات التي فرضها المشرع الإداري في قانون الخدمة المدنية الاتحادي على الموظف العام. وبذلك لم يترك المشرع الاتحادي العديد من الواجبات والمحظورات الوظيفية لمجرد جزاء تاديبي يوقع عند الإخلال بها، بل دمغ بعض صور هذا الإخلال بوصف الجريمة، ناقلاً إياها من نطاق المساءلة الإدارية إلى نطاق المساءلة الجنائية برفعها من مصاف الأخطاء الإدارية التي تستوجب المسئولية التاديبية وحدها، أو المسئولية المدنية[1] في بعض الأحوال، إلى مرتبة التجريم والعقاب.

٨- تصنيف المخالفات التأديبية المقننه جنائياً:

يجرم قانون العقوبات الإماراتي العديد من الأفعال التي تنطوي على إخلال الموظف العام بالتزاماته الوظيفية. ويمكن تصنيف ما يتضمنه من قواعد مُجَرمة في هذا الشان إلى عدة فئات بحسب المعايير والاعتبارات التالية :

(أ) من حيث العلاقة بين ارتكاب الجريمة ومباشرة الوظيفة :

في الجرائم التي تقع من الموظف العام، لا يكتفى المشرع الاتحادي في أغلب الأحيان بمجرد توافر الصفة الوظيفية في الجاني أثناء ارتكاب السلوك المادي المكون للجريمة، بل يتطلب توافر قدر من الارتباط أو الصلة بين السلوك الإجرامي وأعمال الوظيفة التي يشغلها الجاني. وتتخذ هذه الصلة

---

(١) لا يسأل الموظف مدنياً ، على ما تقضي المادة ٦٣ من قانون الخدمة المدنية في الحكومة الاتحادية رقم ٨ لسنه ١٩٧٣ المعدل بالقانون الاتحادي رقم ٥ لسنه ١٩٧٨ ، إلا عن خطئه الشخصي.

صـورة ارتباط زمني أحـياناً وارتبـاط سـببي أحـياناً أخـرى. وبذلك يمكن تصنيف الجرائم التي تقع من الموظفين العامين في قـانون العقوبات الإماراتي إلى طوائف ثلاثة.

في (الأولى) : يشـترط ارتكاب الفـعل الإجرامي من الموظف حـال تادية أعمال وظيفته. ومثال ذلك جريمة طلب أو أخـذ غير المستحق، الموسومة فقهاً بفرض المغارم أو التعسف في الجباية أو الغدر (م ٢٢٦ عقوبات)(١).

وفي (الثانية): لا يلزم أن يكون الفعل الإجرامي قـد وقع حال تادية أعمال الوظيفة، بل يكفي توافر ارتباط سببـي بينه وبين أعمال الوظيفة. ومثال ذلك جناية الاختلاس التي يوجب القانون لقيـامها أن يكون المال المختلس قد وجد

(١) يجري نص هذه المادة على أن" يعاقب بالسجن مدة لاتزيد على خمس سنوات كل موظف عاماًو مكلف بخدمة عامة له شأن في تحصيل الضرائب أو الرسوم أو الغرامات أو نحوها طلب أو أخذ ما ليس مستحقاً مع علمه بذلك ". ويستهدف المشرع بهذا النص حماية حقوق الأفراد على أموالهم من أي اعتداء من جانب الموظف العام المختص بجباية الضرائب أو الرسوم أو العوائد أو الغرامات أو غيرها الذي يطلب أو يأخذ ماليس مستحقاً مدعياً أن القانون يفرض هذه الجباية، والعقاب فيه مقرر على مجرد طلب الجاني أو أخذه مبالغ غير مستحقة أصلاً أو تزيد عن المستحق بصفة غرامات أو رسوم أو عوائد أو ضرائب أو نحوها، ويتعين فضلاً عن توافر صفة الموظف العام في الجاني أن يكون له شأن في تحصيل هذه المبالغ، سواء بمقتضى القوانين أو اللوائح أو القرارات الإدارية الداخلية المنظمة للعمل أو أمر صادر إليه من رؤسائه ممن يملكون إصداره ، وسواء كان الموظف مشرفاً على التحصيل أو مكلفاً به تحت مسئوليته أو كان مختصاً فقط بمساعدة المسئول عن التحصيل حيث يكفي أن يكون له بأعمال التحصيل صلة. ويستوي أن يكون اختصاص الموظف بالتحصيل له صفة الدوام أو صفة التأقيت، أو أن يكون إسناد الاختصاص إليه بموجب سند مكتوب أو أمر شفوي.

في حيازة الموظف بسبب وظيفته (م ٢٢٤ ع)[1] وكذلك جريمة الرشوة المرتكبة من الموظف العام لأداء عمل أو للامتناع عن عمل إخلالاً بواجبات وظيفته أو للقيام بعمل أو للامتناع عن عمل من واجبات وظيفته (م ٢٣٤ ع)[2].

و في (الثالثة) : لا يشترط أن تقع الجريمة حال مباشرة الجاني لأعمال وظيفته، أو أن تكون هناك علاقة سببية بينهما، بل يكفي مجرد توافر صفة الموظف العام حال ارتكاب السلوك المادي المكون للجريمة. ومثالها جريمة الرشوة لأداء عمل أو للامتناع عن عمل لا يدخل في أعمال الوظيفة (م ٢٣٦ع)[3].

(ب) من حيث صور الاعتداء المُجرَّم قانوناً على الوظيفة العامة من جانب القائمين عليها:

يتخذ الاعتداء المجرم قانوناً على الوظيفة العامة من جانب القائمين عليها صورتين :

(١) تنص هذه المادةعلى أن "يعاقب بالسجن المؤقت كل موظف عام أو مكلف بخدمة عامة اختلس مالاً وجد في حيازته بسبب وظيفته أو تكليفه."

(٢) تنص هذه المادة على أن "يعاقب بالسجن المؤقت كل موظف عام أو مكلف بخدمة عامة طلب أو قبل لنفسه أو لغيره عطية أو مزية من أي نوع أو وعدا بشيء من ذلك لأداء عمل أو الامتناع عن عمل إخلالاً بواجبات وظيفته.
فإذا كان أداء العمل أو الامتناع عنه واجباً تكون العقوبة السجن مدة لاتجاوز عشر سنوات.
ويسري حكم هذه المادة ولو كان الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة يقصد عدم أداء العمل أو عدم الامتناع عنه."

(٣) وهي ترصد عقوبة السجن مدة لا تجاوز خمس سنين " لكل موظف عام أو مكلف بخدمة عامة طلب أو قبل لنفسه أو لغيره عطية أو مزية من أي نوع أو وعدا بشيء من ذلك لأداء عمل أو للامتناع عن عمل لا يدخل في أعمال وظيفته."

(الأولى) الاعتداء الذي ينصب مباشرة على مقومات الوظيفة العامة في ذاتها: وفي هذه الصوره تمثل الوظيفة العامة، أو الجهاز الإداري على الأكثر، المصلحة القانونية المهددة مباشرة من جراء الاعتداء. ومن أمثلتها جريمة الاختلاس (م ٢٢٤ ع) وجريمة طلب أو أخذ غير المستحق (م ٢٢٦ ع). و(الثانية) يتسع فيها مدى الاعتداء فينال، بالإضافة إلى مقومات الوظيفة، ما يتولد للافراد من حقوق قبل الجهاز الإداري، أياً كان تكييف هذه الحقوق أو مصدرها. ومن أمثلتها جريمة الامتناع عمداً وبغير حق عن تنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة من إحدى المحاكم (م٢٧٠ ع)[1] وجريمة استغلال سلطة الوظيفة في وقف أو تعطيل تنفيذ أحكام القوانين أو اللوائح أو الأنظمة أو القرارات أو الأوامر الصادرة من الحكومة أو أي حكم أو أمر صادر من جهة قضائية مختصة (م ٢٤٦ ع) [2] وجريمة استعمال القسوة مع أحد من الناس (م ٢٤٥ ع)[3] وجريمة الاضراب (م٢٣١ ع)[4]. فالمجني عليه في هذه الجرائم،

---

(١) تنص هذه المادة على أن يعاقب بالعقوبة المقررة في المادة السابقة " كل موظف عام أو مكلف بخدمة عامة امتنع عمداً وبغير حق عن تنفيذ حكم أو أمر صادر من إحدى المحاكم بعد مضي ثمانية أيام من إنذاره رسمياً بالتنفيذ متى كان تنفيذ الحكم أو الأمر داخلاً في اختصاصه" .

(٢) تنص هذه المادة على أن " يعاقب بالحبس كل موظف عام استغل سلطة وظيفته في وقف أو تعطيل تنفيذ أحكام القوانين أو اللوائح أو الأنظمة أو القرارات أو الأوامر الصادرة من الحكومة أو أي حكم أو أمر صادر من جهة قضائية مختصة أو في تأخير تحصيل الأموال أو الضرائب أو الرسوم المقررة للحكومة " .

(٣) تنص هذه المادة على أن " يعاقب بالحبس مدة لاتقل عن سنة وبغرامة لاتقل عن عشرة آلاف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل موظف عام أو مكلف بخدمة عامة استعمل القسوة مع أحد الناس اعتماداً على سلطة وظيفته فأخل بشرفه أو أحدث آلاماً ببدنه".

(٤) تنص هذه المادة على أنه "إذا ترك ثلاثة على الأقل من الموظفين العامين عملهم أو امتنعوا عمداً عن تأدية واجب من واجبات وظيفتهم متفقين على ذلك أو مبتغين منه تحقيق غرض غير=

ولو بطريق غير مباشر، هم الأفراد. إذ بالأفعال المكونة للجريمة تنتهك حقوقهم الإدارية، أو القانونية عموماً، حال تعاملهم مع الدولة من خلال جهازها الإداري.

(ج) من حيث قصر التجريم على بعض طوائف معينة من الموظفين:

من الجرائم التي لاتقع في قانون العقوبات الاتحادي إلا من الموظف العام زمرة يشترط في مرتكبها توافر صفه خاصة بجانب صفته الوظيفية، فلا تقع بذلك إلا من طوائف معينة من الموظفين. ومثال ذلك جريمة المادة ١٨٤ع التي تعاقب كل شخص له حق الأمر في أفراد القوات المسلحة أو الشرطة طلب إليهم أو كلفهم العمل على تعطيل أوامر الحكومة إذا كان ذلك لغرض إجرامي، وجريمة وقف الموظف العام أو تعطيله تنفيذ أحكام القوانين أو اللوائح أو الاوامر الصادرة من الحكومة أو الأحكام الصادرة من جهة قضائية مختصة أو تاخير تحصيل الاموال أو الضرائب أو الرسوم المقررة للحكومة (م٢٤٦ع) التي تقع من طائفة الموظفين الذين بيدهم سلطة تنفيذ الأحكام والأوامر.

(د) من حيث أثر الصفة الوظيفية في العقاب:

من الجرائم التي يتضمنها قانون العقوبات الاتحادي ما يمكن أن يقع من آحد الناس والموظفين العموميين، غير أنها إذا وقعت من الآخيرين كانت صفتهم الوظيفية ظرفاً مشدداً للعقاب. ومن ذلك ما ورد بعجز المادة ١٥٥ عقوبات من أن السعي أو التخابر مع دولة أجنبية معادية أو مع أحد ممن

= مشروع عوقب كل منهم بالحبس مدة لاتجاوز سنة .

وتكون العقوبة الحبس إذا كان الترك أو الامتناع من شأنه أن يجعل حياة الناس أو صحتهم أو أمنهم في خطر أو كان من شأنه أن يحدث اضطراباً أو فتنة بين الناس أو إذا عطل مصلحة عامة أخرى أو كان الجاني محرضاً".

يعملون لمصلحتها لمعاونتها في عملياتها الحربية أو للإضرار بالعمليات الحربية للدولة المنصوص عليها في الماده ١٥٤ع[1] إذا وقع «من موظف عام عد ذلك ظرفاً مشدداً ». كما يشدد العقاب كذلك على الإرتشاء من دولة أجنبية لارتكاب عمل ضار بمصلحة وطنية إذا كان المرتشي موظفاً عاماً. فاذا كان الجاني من أحد الأفراد العاديين عوقب «بالسجن المؤقت وغرامة لاتقل عن عشرة آلاف درهم ولاتزيد على ما طلب أو قبل أو أخذ أو وعد به. وتكون العقوبه السجن المؤبد والغرامة التي لاتقل عن عشرة آلاف درهم ولا تزيد على ما طلب أو قبل أو أخذ أو وعد به اذا كان الجاني موظفاً عاماً أو مكلفاً بخدمة عامة» (م١٥٧ع).

ومن أسباب التشديد العامة التي أوردها المشرع الاتحادي في المادة ١٠٢ع وقوع الجريمة من موظف عام استغلالاً لسلطة وظيفته أو لصفته مالم يقرر القانون عقاباً خاصاً اعتباراً لهذه الحالة[2].

---

(١) يجري نص هذه المادة على أن " يعاقب بالإعدام من سعى لدى دولة أجنبية معادية أو أحد ممن يعملون لمصلحتها أو تخابر مع أي منها لمعاونتها في عملياتها الحربية أو للإضرار بالعمليات الحربية للدولة. ويعاقب بالسجن المؤبد من سعى لدى دولة أجنبية أو أحد ممن يعملون لمصلحتها أو تخابر مع أي منها للقيام بأعمال عدائية ضد الدولة".

(٢) ولامجال ، إذا كانت صفة الموظف العام أحد العناصر المكونة للجريمة، لاتخاذ هذه الصفة ظرفاً مشدداً للعقوبة المقررة لهذه الجريمة. لذلك قضت المحكمة الاتحاديه العليا بأن المادة ٢٧٢ فقره (١) من قانون العقوبات قد نصت على أن " يعاقب بالحبس أو الغرامة كل موظف عام مكلف بالبحث عن الجرائم أو ضبطها أهمل أو أرجأ الإخبار عن جريمة اتصلت بعلمه " ومفاد هذا النص أن صفة الطاعن المشار إليها من أحد العناصر المكونة لهذه الجريمة (موظف عام - مكلف بالبحث عن الجرائم - أهمل) ومن ثم فلا مجال لاتخاذ هذه الصفة ظرفاً مشدداً للعقوبة المقررة لهذه الجريمةمن ذلك أن المادة ١٠٢ عقوبات وإن اعتبرت من الظروف المشددة وقوع الجريمة من=

(هـ) من حيث تصنيف جرائم الموظفين العموميين إلى جنايات وجنح:

الجرائم التي يتطلب القانون أن يكون مرتكبها موظفاً عاماً إما جنايات أوجنح. ومن قبيل الأولى إفشاء الموظف أو المكلف بخدمة عامة سراً أؤتمن عليه من أسرار الدفاع عن الدولة (م ١٥٩ع)، وجرائم الاختلاس والإضرار بالمال العام (المواد من ٢٢٤:٢٢٨ع)، وجرائم الرشوة (المواد من ٢٣٤: ٢٣٦ع)، وجريمة إستعمال التعذيب أو التهديد لحمل متهم أو شاهد أو خبير على الاعتراف بجريمة أو على الإدلاء بأقوال أو معلومات في شأنها أو لكتمان أمر من الأمور (م ٢٤٢ع)، وجريمة الأمر بمعاقبة المحكوم عليه أو معاقبته بأشد من العقوبة المحكوم بها أو بعقوبة لم يحكم بها عليه (م٢٤٣ع)، أما الجنح التي لاتقع إلا من الموظفين العموميين فمن قبيلها جريمة الإضراب عن العمل (م٢٣١ع)، وجريمة القبض على شخص أو حبسه أو حجزه في غير الأحوال التي ينص عليها القانون(م٢٤٠ع)، وجريمة تفتيش الأشخاص أو مساكنهم أو محالهم في غير الأحوال التي ينص عليها القانون أو دون مراعاة الشروط المبينة فيه مع العلم بذلك(م ٢٤١ع)، وجريمة استعمال القسوة مع الناس(م٢٤٥ع)، واستغلال سلطة الوظيفة في وقف أو تعطيل تنفيذ أحكام القوانين أو اللوائح أو الأوامر الصادرة من الحكومة أو الأحكام أو الأوامر الصادرة من جهة قضائية مختصة أو تأخير تحصيل الأموال أو الضرائب أو

=. موظف عام استغلالاً لسلطة وظيفته أو لصفته إلا أنها استثنت حالة ما إذا قرر القانون عقاباً خاصاً اعتباراً لهذه الصفة. وإذا قضى الحكم المستأنف ومن بعده الحكم المطعون فيه بمضاعفة عقوبة الطاعن معتبراً تكليفه بحكم عمله بتعقب المجرمين وضبطهم وخطورة الجريمة المرتكبة ظرفاً مشدداً يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه في مقدار العقوبة المقضي بها.انظر حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم ٢٢لسنة ١٨قضائية عليا، نقض شرعي جزائي،جلسه ٧يونيو١٩٩٧، لم ينشر بعد.

الرسوم المقـررة للحكومة (م٢٤٦ع)، وجريمـة قبول إيداع شـخص في منشاة عقابية بغير أمر من السلطه المختـصة أو استبقائه بعد المدة المحددة في الأمر أو الامتناع عن تنفيذ الأمر بإطلاق سراحه (م٢٤٤ ع).

٩- أبرز الصور التجريمية للإخلال بالواجبات والمحظورات الوظيفية: (عرض وتقسيم):

بشغـل الوظيفة الـعامة والإنتـماء إليـها، يتـحمل الموظف مـجمـوعة من الالتزامـات يتعين عليـه أداؤها والنزول على مؤداها. ويحـدد قانون الخـدمة المدنية الاتحادي في فصله السابع[1] بعض الواجبات التي ينبغي على الموظف العام القيام بها، أو القيام بها بصورة معينة، وأعمالاً محظور عليه إتيانها.

ووفقـاً له فان كل مـوظف يخالف الواجـبات التي أوردها أو يخـرج على مقتـضى الواجب في أعمال وظيفـته يجازى تاديبيـاً، وذلك مع عدم الإخلال بالمسـئوليـة المدنية أو الجنائـية عند الاقـتضـاء (م٦٤). ولا تنهض في حق الموظف المسئـولية الأخيـرة إلا إزاء الواجبات والمحـظورات التي دمغ المشرع الجنائي الإخلال بها والخروج عليهـا بوصف الجريمة، وأبرزها ما سنعرض له في إطار الواجبات والمحظورات الوظيفية الأربعـة التالية، مخصصين لكل منها مبحثاً.

(١) المواد من ٥٧ إلى ٦٢ من قانون الخدمة المدنية في الحكومة الاتحادية.

المبحث الأول

واجب أداء العمل الوظيفي ومواجهة الإخلال به جنائياً

١٠- تجريم ترك العمل أو الامتناع عمداً عن تأديته: حكمته وحدوده:

القيام بواجبات الوظيفة العامة التزام يقع على عاتق شاغلها لاقتضاء تعيينه فيها مباشرته مهامها وأعمالها وتحمل أعبائها ومسئولياتها لقاء تمتعه بعدد من المزايا الأدبية والمادية المرتبطة بهذا المركز القانوني، فضلاً عن أن المركز اللائحي الذي يشغله في علاقته بالإدارة يفرض عليه الالتزام بالقوانين واللوائح والأصول الإدارية المتعارف عليها سبيلاً لإنجاز الأعمال والمهام المنوطه به. ومن هنا لم يكن جائزاً للموظف العام ترك العمل أو الامتناع عمداً عن تادية واجبات وظيفته.

ومع أن ترك العمل أو الامتناع عمداً عن تاديته يرتب مساءلة الموظف تاديبياً باعتباره إخلالاً بما تفرضه عليه واجبات الوظيفة العامة التي يتقلدها من ضرورة مباشرة أعمالها بصورة منتظمة، إلا أن الاعتداء الجسيم الذي ينال المصلحة العامة من جراء الترك الجماعي للعمل أو الاضراب عن أدائه حدا بتشريعات عديدة[1]، من بينها التشريع الإماراتي، إلى عدم ترك

---

(١) من ذلك: قانون العقوبات المصري الذي يؤثم إضراب الموظفين عن العمل بنصه في الماده ١٢٤ على أنه " إذا ترك ثلاثة على الأقل من الموظفين أو المستخدمين العموميين عملهم ولو في صورة الاستقالة أو امتنعوا عمداً عن تأدية واجب من واجبات وظيفتهم متفقين على ذلك أو مبتغين منه تحقيق غرض مشترك عوقب كل منهم بالحبس مدة لاتقل عن ثلاثة أشهر ولا تجاوز سنة وبغرامة لاتزيد على مائة جنيها. ويضاعف الحد الأقصى لهذه العقوبة اذا كان الترك أو الامتناع من شانه أن يجعل حياة الناس أو صحتهم أو أمنهم في خطر، أو كان من شانه أن =

العقاب عليه لمجـرد جزاء تأديبي ، بل عمدت [*] إلى إدخاله في دائرة التـجريم

=. يحدث اضطراباً أو فتنة بين الناس أو إذا أضر بمصلحة عامة . وكل موظف عام أو مستخدم عمومي ترك عمله أو امتنع عن عمل من أعمال وظيفته بقصد عرقلة سير العمـل أو الإخـلال بانتظامه، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر أو بغرامة لا تجاوز خمسمائة جنيه ويضاعف الحد الأقصى لهذه العقوبة إذا كان الترك أو الامتناع من شأنه أن يجعل حياة الناس أو صحتهم أو أمنهم في خطر ، أو كان من شأنه أن يحدث اضطراباً أو فتنة بين الناس أو إذا أضر بمصلحة عامة". وقد ساوى المشرع المصري في هذه المادة بين الامتناع عمداً عن تأدية واجب من واجبات الوظيفة نتيجة اتفاق سابق بين المضربين وبين الإضراب تحقيقاً لغرض مشترك ولو لم يسبقه اتفاق . وحتى لا يلجأ الذين تسول لهم نفوسهم الإضرار بالمصلحة العامة إلى ترك العمل تحت ستار الاستقالة لأسباب ظاهرها فيه الجد وباطنها فيه الشر فقد تضمن النص حظر ترك العمل ولو بدعوى الاستقالة تحوطاً لهذه الصورة من صور الإضراب المقنع. ولم يكتف المشرع المصري بعقاب الموظفين المضربين باعتبارهم فاعلين أصليين ، وإنما عاقب كذلك كل من حرض أو اشترك في تحريض موظف عام أو عدد منهم على ترك العمل أو الامتناع عن تأدية إحدى واجبات الوظيفة ، ويقع المحرض تحت طائلة العقاب بغض النظر عن مدى تحقق النتيجة المقصودة من التحريض ، فيعاقب سواء تحقق إضراب الموظفين أم لم يتحقق . وفي عقابه خرج المشرع المصري على القواعد العامة في قانون العقوبات من ناحيتين . فعلى خلاف ما يقضي به الأصل في قواعد الإشتراك من أن تكون عقوبة الشريك هى عقوبة الفاعل الأصلي جعل المشرع للشريك ضعف عقوبة الفاعل الاصلي ، كما جعل جريمة الشريك قائمة ولو لم يترتب على تحريضه أو تشجيعه أية نتيجة. وفضلاً عن ذلك ، فقد أثم المشرع المصري كذلك " التحبيذ على هذه الجريمة " وجعل هذا الفعل مؤثماً بغض النظر عن صفة فاعله ، أى سواء كان موظفاً عاماً أم لم يكن ، وذلك بنصه في الفقرة الثالثة من المادة ١٢٤/أ ع على أن " يعاقب بنفس العقوبة كل من حبذ جريمة من الجرائم المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين من هذه المادة أو في الفقرة الأولى من المادة ١٢٤. ويعد على وجه الخصوص من وسائل التحبيذ إذاعة أخبار صحيحة أو كاذبة عن هذه الجرائم بإحدى الطرق المنصوص عليها في المادة ١٧١". =

والعقاب حرصاً على عدم تعطيل دولاب العمل في الإدارة أو فرع من فروعها وتعطيل مصالح الجمهور، وصوناً للمصلحة العامة التي تقتضي تسيير المرافق العامة بانتظام واطراد .

=. ومن الجدير بالتنويه أن الإضراب في مصر قد خرج من دائرة التجريم اعتباراً من تاريخ نفاذ الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في مصر بتصديق رئيس الجمهورية عليها في ١٩٨١/١٢/٨ وصدور قرار وزير الخارجية بنشرها في الجريدة الرسمية (حيث نشرت في ١٩٨٢/٤/٨) والعمل بها اعتباراً من ١٩٨٢/٤/١٤ ، اذ تنص المادة الثامنة من هذه الاتفاقية – التي أصبح لها قوه القانون العادي طبقاً للمادة ١/١٥١ من الدستور المصري – على أن تتعهد الدول الأطراف في الاتفاقية بأن تكفل .... (د) الحق في الإضراب على أن يمارس طبقاً لقوانين القطر المختص " ، وبانضمام مصر إلى هذه الاتفاقية، وإلغاء القرار الجمهوري بالقانون رقم ٢ لسنه ١٩٧٧ – الذي كان يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة العاملون الذين يضربون عن عملهم عمداً متفقين في ذلك أو مبتغين تحقيق غرض مشترك إذا كان من شأن الإضراب تهديد الاقتصاد القومي – وذلك بموجب القرار الجمهوري بالقانون رقم١٩٤ لسنة ١٩٨٣ – أصبح الإضراب حقاً مقرراً بمقتضى القانون تسري بشأنه القاعدة العامة التي قررتها الماده ٦٠ من ق.ع المصري في اعتبار استعمال الحق سبباً للإباحة ، وهو ماطبقته محكمة أمن الدولة العليا طوارىء بالقاهرة في دعوى تتلخص وقائعها في قيام ٣٧عاملاً من العاملين بالهيئة القومية للسكك الحديدية بالإضراب عن العمل يومي ٧و١٩٨٦/٧/٨ بهدف الضغط على الحكومة للإستجابة لمطالبهم المهنية التي تتمثل في تقرير كادر خاص لها ، وزيادة الحوافز والتأمين الصحي والتأمين على الحياة فاتهمت النيابة العامة العمال المضربين بتعطيل سير قطارات السكك الحديدية والإضرار بالأموال العامة عمداً ، والامتناع عن تأدية واجبات وظائفهم متفقين في ذلك ، ومبتغين تحقيق غرض مشترك ، وطالبت بتطبيق المادة ١٢٤من قانون العقوبات عليهم . وقد قضت المحكمة ببراءة جميع المتهمين مما أسند إليهم وقالت في حيثيات حكمها: "حيث إنه تطبيقاً لنص المادة ١٥١ من الدستور سالفة الذكر ، ولما استقر عليه الفقه والقضاء من أن المعاهدات الدولية التي صدرت وفقاً للأصول الدستورية المقررة ، ونشرت في الجريدة الرسمية حسب الأوضاع المقررة ، تعد قانوناً من قوانين الدولة ، يتعين على القضاء الوطني تطبيقها باعتبارها كذلك. وحيث إنه متى كان ذلك ، فإن الاتفاقية المذكورة وقد =

ومن هذا المنطلق جــاءت المادة ٢٣١ من ق.ع الاتحــادي لتـحـظر ترك الموظفين العمل أو الامتناع عمداً عن تأدية واجب من واجبات الوظيفة جاعلة

=. نشرت في الجريدة الرسمية في الثامن من أبريل ١٩٨٢ -بعد أن وافق عليهامجلس الشعب- تعتبرقانوناً من قوانين الدولة ، ومادامت لاحقة لقانون العقوبات فإنه يتعين اعتبار المادة ١٢٤ قد ألغيت ضمناً بالمادة ٨ فقره (د) من الاتفاقية المشار إليها .... مما تكون معة تهمة الامتناع عن العمل قد بنيت على غير أساس من القانون . والمحكمة في هذا الصدد تهيب بالمشرع أن يسارع إلى وضع الضوابط اللازمة لهذا الحق على نحو يحقق مصلحة البلاد العليا ، ومصالح العمل في نفس الوقت وحتى لاتعم الفوضى وتتعطل المصالح العليا للمجتمع ولضمان عدم توقف سير المرافق الأساسية أو المساس بوسائل الإنتاج أو إيذاء غير المضربين. وحيث إنه بالنسبة لتهمتي تعطيل سير القطارات والإضرار العمدي بأموال ومصالح الهيئة القومية لسكك حديد مصر ، فإنه من المقرر فقهاً وقضاءً بأنه متى قرر الشارع حق اقتضى ذلك حتماً إباحة الوسيلة إلى استعماله، أي أباحة الأفعال التي تستهدف الاستعمال المشروع للحق ، وكذلك النتائج المترتبة على هذا الاستعمال ، سواء للحصول على مايتضمنه من مزايا ، أو لمباشرة مايخوله من سلطات ، وأساس اعتبار استعمال الحق سبباً للإباحة ، وجوب تحقيق الاتساق بين قواعد القانون إذ يعدم المنطق أن يقرر الشارع حقاً ثم يعاقب على الأفعال التي يستعمل بها ، فيكون معنى ذلك التناقض بين قواعد القانون وتجريد الحق من كل قيمة ... فإذا ماأباح المشرع فعلاً من الأفعال ، فمن غير المقبول أن يحاسب بعد ذلك على ماقد يحدث نتيجة لهذا الفعل . وحيث إنه متى كان ذلك ، وكان حق الإضراب مباحاً بمقتضى الاتفاقية الدولية السابق الإشارة إليها ، وكان الثابت من الأوراق والتحقيقات أن أياً من المتهمين لم يقم بإتلاف أو تخريب القطارات أو المعدات مما يقطع بحسن نيتهم فإن ماحدث نتيجة لذلك الإضراب لا يمكن أن يقع تحت طائلة قانون العقوبات عملاً بالمادة ٦٠ سالفة الذكر ". (حكم محكمة أمن الدولة العليا طوارىء بالقاهرة، جلسة ١٦/٤/١٩٨٧ في القضية ٤١٩٠/١٩٨٦ الأزبكية (٢١كلي شمال القاهرة) الخاصة بإضراب العاملين بالهيئة القومية لسكك حديد مصر - غير منشور). ويجرم قانون العقوبات السوري كذلك إضراب العاملين في المرافق العامة والمشروعات ذات النفع العام ، ويعاقب بالسجن والغرامة على الإضراب في حالة اتفاق عدد معين من الموظفين (عشرون موظفاً) على ترك العمل تعويقاً لسير وسائل المواصلات=

منه جريمة عمدية مستقلة بذاتها وذلك بنصها على أنه « إذا ترك ثلاثة على الأقل من الموظفين العامين عملهم أو امتنعوا عمداً عن تادية واجب من واجبات وظيفتهم متفقين على ذلك أو مبتغين منه تحقيق غرض غير مشروع عوقب كل منهم بالحبس مدة لاتجاوز سنة. وتكون العقوبه الحبس اذا كان الترك أو الامتناع من شانه أن يجعل حياة الناس أو صحتهم أو أمنهم في خطر أو كان من شانه أن يحدث اضطراباً أو فتنة بين الناس أو إذا عطل مصلحة عامة أخرى أو كان الجاني محرضاً».

ومجال سريان حكم المادة ٢٣١ عقوبات اتحادي يشمل سائر الموظفين العامين وفقا لتحديدهم الوارد بالمادة الخامسة من قانون العقوبات،

= والبريد والتليفونات والتلغراف ومرافق توزيع المياه والكهرباء (م٣٣٢ ع) ، وكذلك الأمر في حالة الاستقالة الجماعية حيث اعتبر هذه الصورة الأخيرةمن قبيل الإضراب (م٣٥٠ ع) . وهو يتطلب في كافة الأحوال أن يترتب على ترك العمل أو الاستقالة تعويق تسيير المرفق العام بانتظام واطراد. ويجرم المشرع البحريني ترك الموظفين العمل أو الإضراب عن أدائه بنصه في المادة ٢٩٣ ع على أنه " اذا ترك ثلاثة على الأقل من الموظفين العموميين عملهم ولو في صورة استقالة أو امتنعوا عمداً عن تأدية واجب من واجبات وظيفتهم ، متفقين على ذلك أو مبتغين منه تحقيق غرض مشترك عوقب كل منهم بالحبس مدة لا تجاوز سنة. وتكون العقوبة الحبس إذا كان الترك أو الامتناع من شانه أن يجعل حياة الناس أو صحتهم أو أمنهم في خطر أو كان من شانه أن يحدث اضطراباً أو فتنة بين الناس أو إذا عطل مصلحة عامة أو إذا كان الجاني محرضاً " . وتعاقب المادة ٢٩٤ بالحبس مدة لاتزيد على ستة أشهر أو بالغرامة التي لاتجاوز خمسين ديناراً " كل موظف عام ترك عمله أو امتنع عن عمل من أعمال وظيفته بقصد عرقلة سير العمل أو الإخلال بانتظامه ...." راجع أيضاً المواد من ٢٩٥ إلى ٢٩٧ من القانون المشار إليه. ويجرم التشريع التشيلي الإضراب في المرافق العامة، وفي كافة المشروعات ذات النفع العام . كما يعاقب كل موظف يثبت أنه شجع أو حرض على الإضراب ، أو من تسبب في حدوث اضطرابات في تلك المرافق إذا ما ترتب على ذلك توقف العمل بها.

ولا يمتد إلى المكلفين بخدمة عامة لعدم النص عليهم . وتحديد هذه المادة عدد الموظفين العامين الذين تسري في حقهم أحكامها بثلاثة على الأقل مفاده أن المشرع الاتحادي قد استشعر أن ترك هذا العدد من الموظفين عملهم أو امتناعهم عمداً عن تادية واجب من واجبات وظيفتهم ينبيء عن حركه جماعية تكون الغاية منها ترك العمل أو الإضراب عن أدائه ، وكاف لترتيب نتائج خطيرة تتعلق بالمصالح العامة وتعطيل المرافق العامة ، فعمد إلى قمعها كي يضمن للمرفق استمرار سيره وعدم توقفه.

ويساوي المشرع بمقتضي هذه المادة بين ترك العمل أو الامتناع عمداً عن تادية واجب من واجبات الوظيفة نتيجة اتفاق سابق بين التاركين أو الممتنعين وبين الترك والامتناع تحقيقاً لغرض غير مشروع ولو لم يسبقه اتفاق ، دون أن يستلزم لقيام الجريمة وقوع ضرر بالمصلحة العامة [1]. ويرفع الحد الأقصى للعقوبة ليصل إلى الحد الأقصى العام لعقوبه الحبس ، وهو ثلاث سنوات وفقا للمادة ٦٩عقوبات ، إذا توافر أحد ظروف التشديد ، وهي أن يكون الترك أو الامتناع من شانه أن يجعل حياة الناس أو صحتهم أو أمنهم في خطر ، أو كان من شانه أن يحدث اضطراباً أو فتنة بين الناس ، أو إذا عطل مصلحة عامة أخرى ، أو كان الجاني محرضاً.

وقد خرج المشرع الاتحادي بالنسبة للمحرض ، الذي يعد شريكاً بالتسبيب في الجريمة وفقاً لنص المادة ٤٥ ع ، عن القاعدة العامة التي قررها في شان مسئولية الشريك بالنص في المادة ٤٧ ع على أن « من اشترك في جريمة بوصفه شريكاً مباشراً أو متسبباً عوقب بعقوبتها مالم

---

(١) وهو مالم يستلزمه أيضاً المشرع المصري . انظر نقض مصري ١٢مايو ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية ، ج١ ، ص٢٦٨ ، رقم ٣.

ينص القانون على خلاف ذلك» إذ قرر في المادة ٢٣١ عقوبات لمن يحرض الموظفين العامين على الامتناع عن تادية واجب من واجبات وظيفتهم عقوبة أشد (الحبس الذي يصل حده الأقصى إلى ثلاث سنوات) من العقوبة التي قررها للموظفين العامين إذا امتنعوا عمداً عن تادية واجب من واجبات وظيفتهم (الحبس مدة لاتجاوز سنة).

وترك العمل ، حسبما فسره القضاء المصري[1] ، يعني الاضراب التام عن جميع أعمال الوظيفة . فلا يعتبر تركاً من ثم الامتناع عن تادية عمل واحد دون بقيه الأعمال . وإذا ما تقدم عدد من الموظفين باستقالاتهم في وقت واحد أو خلال فترات متقاربة مع سبق اتفاقهم على ذلك ، ثم تركوا أعمالهم قبل قبول تلك الاستقالات كان ذلك من قبيل الامتناع المتعمد عن أداء واجبات الوظيفة المعاقب عليه بالمادة ٢٣١ من ق.ع الاتحادي . فاستقالة الموظف وإن كانت حقاً من حقوقه التي خولتها له كافة التشريعات الوظيفية المقارنة ، وقانون الخدمة المدنية الاتحادي كذلك ، إلا أن تقديمها لا يترتب عليه ترك العمل ، وإنما يلزم الموظف المستقيل بالاستمرار في عمله إلى أن تقبل استقالته صراحة قبل انقضاء مدة معينه أو ضمناً إذا انقضت تلك المدة دون أن ترد الإدارة على طلب الاستقالة بالقبول أو الرفض[2].

---

(١) انظر الأحكام المشار إليها في " عماد المراجع " شرح قانون العقوبات المصري للأستاذ عباس فضلي،ص٢١٩- ٢٢٠.

(٢) تقضي المادة ٩١ من قانون الخدمة المدنية الاتحادي بأن للموظف أن يستقيل من وظيفته وتكون الاستقالة مكتوبة، ولا تنتهي خدمة الموظف إلا بالقرار الصادر بقبول الاستقالة ، ويجب البت في طلب الاستقالة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمه وإلا اعتبرت الاستقالة مقبولة بحكم القانون. ويصدر بقبول الاستقالة قرار من الوزير المختص بالنسبة إلى موظفي الحلقة الأولى وقرار من وكيل الوزارة بالنسبة إلى باقي الموظفين. ويجب على =

والركن المعنوي الذي تكتمل به جريمة المادة ٢٣١ عقوبات يتخذ صورة القصد الجنائي العام. وهو يتحقق بتعمد ترك العمل بناء على اتفاق سابق مهما كانت بواعثه ، أو بتوافر الغرض المشترك غير المشروع من وراء ترك العمل أو الامتناع عن أداء واجب من واجبات الوظيفة . وتأسيساً على ذلك إذا ترك العمل ثلاثة موظفين أو أكثر أو امتنعوا عمداً عن أداء واجب من واجبات وظيفتهم ولم يكن بينهم اتفاق ولم يكن غرضهم مشتركاً بأن كان هدف واحد منهم هو حضور مقابلة للتعيين في عمل آخر أعلى راتباً وكان هدف الثاني تمضية وقت العمل في قضاء مصلحة خاصة وكان هدف الثالث التخفف من الأعباء المنوطة به ، فلا تتوافر في الواقعه الجريمة المنصوص عليها في المادة (٢٣١ ع) لانتفاء القصد الجنائي.

المبحث الثاني

واجب احترام نزاهة الوظيفة العامة ومواجهة الإخلال به جنائياً

١١- تمهيد وتقسيم:

النزاهة ، بوجه عام ، التزام مبعثه الضمير الحي يقع ، بوصفه مثلاً أعلى معنوي ، على عاتق كل فرد في كل الظروف. وهو ، من منظور الوظيفة العامة، واجب على شاغليها تحرص قوانين الخدمة المدنية أو الوظيفة العامة على إبرازه ، وإن كان يوسم فيها عادة بواجب الأمانة . وبهذا المسمى ورد النص عليه في قانون الخدمة المدنية في الحكومة الاتحادية (م ٥٧) .

=. الموظف أن يستمر في عمله إلى أن يبلغ قرار قبول الاستقالة أو ينقضي الميعاد المشار إليه في الفقرة الأولى.

والنزاهة ، كالتزام وظيفي ، تعني التجرد عن الغرض والإخلاص والولاء بغيرحدود لصالح المجتمع والحيدة والموضوعية والاستقامة المطلقة في أداء العمل ، وابتغاء المصلحة العامة وحدها دون تأثر بغرض أو هوى أو منفعة ذاتية أو استغلال للوظيفة في تحقيق مآرب شخصية أواعتداد أوالتفات إلى ثروات الأفراد أو انتمائهم الطبقي. وهي بذلك محور الالتزامات الوظيفيةودستورها، وأول الصفات التي يجب أن يتحلى بها كل موظف عام [1].

وبحكم تأثير نزاهة الموظف العام على نزاهة الوظيفة العامة ونزاهة الإدارة الحاكمة والدولة ذاتها، وما يشيعه انتهاك واجب احترام نزاهة

---

(١) راجع مؤلفنا سالف الذكر، ص ٣ وما بعدها .

وباعتبار النزاهة دستوراً لأخلاقيات الوظيفة العامة ، حرصت مقدمة مشروع المدونة الدولية لسلوك الموظفين العامين على تسجيل أن نقطة انطلاق المشروع هي " تجميع القواعد الأساسية للنزاهة والأداء المنتظرة من الموظفين العامين" وحرص المشروع في صلبه على إبرازها كالتزام وظيفي بنصه في الفقرة الرابعة من المبادىء العامة على أن " يتوخى الموظفون العامون الحرص والإنصاف والحيدة والنزاهة لدى القيام بوظائفهم ، وبخاصة في علاقاتهم مع الجمهور . ولا يجوز لهم في أي وقت من الأوقات منح معاملة تفضيلية لأي جماعة أو فرد ، أو التحيز ضد أي جماعة أو فرد ، أو خلافاً لذلك إساءة استعمال السلطة والصلاحية المخولتين لهم " . ونصه أيضا في البند ثانياً /٥ على أنه " لايجوز للموظفين العامين ، بأي شكل من الأشكال ، استغلال سلطتهم الرسمية لخدمة مصالحهم الخاصة أو مصالح أسرهم الشخصية أو المالية ، ولا يجوز لهم الدخول في أي صفقة ، أو أن يكون لهم أي مصلحة مالية تتعارض مع وظيفتهم ومهامهم وواجباتهم أو القيام بها " . ولوضع هذا الالتزام موضع التنفيذ نص البند ثانيا/٦ على أن " يعلن جميع الموظفين العامين ، ما لم يعفوا من ذلك ، عن أعمالهم الخاصة أو التجارية أو المالية ذات الصلة عند التحاقهم بالخدمة . وتستحدث هذه المعلومات بانتظام . وفي حالات تضارب المصالح المحتملة أو المتصورة يقصي الموظفون العامون أنفسهم عن عملية اتخاذ القرارات ".

الوظيفة العامة من قبل القائمين عليهـا من فساد وإفساد للحصول على مغانم غير مشروعـة بالاتجار في أعمالها أو استغلالها أو الـعبث بها ، وما يترتب على ذلك ، لاسيما في الدول الـنامية ، من إعاقه عملية التنمـية ، كان الإخلال بهـذا الواجب بالغ الخطر على النظام الاجـتمـاعي كله[1] ، مـقتـضيـاً تدخل

(١) لذا ، مابرح انشغال الأمم المتحدة بمشكلة الفساد الحكومي قائماً لسنوات عديدة. وقد ناقشت المؤتمرات الخمسية لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين هذه المسألة ، وبخاصة في سياق الأشكال الجديدة للأنشطة الإجرامية وتخطيط منع الجريمة في سياق التنمية . وفي عام ١٩٩٠ اعتمد مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين القرار ٧ بشأن الفساد الحكومي (A/conf.144/28/Rev.1) . وأوصى المؤتمر بأن تستحدث الدول الأعضاء طائفة من الآليات الإدارية والتنظيمية لمنع الممارسات الفاسدة ، ودعاها إلى إعادة النظر في مدى كفاية قوانينها الجنائية ، بما في ذلك تشريعاتها الإجرائية ، من أجل التصدي لجميع أشكال الفساد والأعمال التي يقصد بها المساعدة على الأنشطة الفاسدة أو تسهيلها. وطلب المؤتمر من الأمانة العامة أن توفر المساعدة في مجال التعاون التقني للدول التي تطلبها في مجالات التخطيط الاستراتيجي لبرامج محاربة الفساد ، وإصلاح القوانين ، والإدارة العامة والتنظيم ، وتدريب الموظفين العامين والعاملين في مجال العدالة الجنائية ، وتقديم المساعدة في مجال طرح مشاريع المعونة الدولية للتنفيذ . وطلب من الأمانة العامة أيضاً أن تعمد إلى تنظيم حلقات دراسية واجتماعات أفرقة خبراء وحلقات عمل وغير ذلك من الأنشطة المناسبة على الصعيدين الإقليمي والأقاليمي ، من أجل تقاسم وتبادل المعلومات المتعلقة بأساليب مكافحة الفساد ونتائج البحوث التي تجري بشأنها ، وكذلك لدراسة وتشجيع تحسين الترتيبات والعمليات المؤسسية والنهوض بعملية إقامة العدل وإنشاء قواعد البيانات ، بما في ذلك استخدام الحواسيب للنهوض بالقدرة على اتخاذ القرارات. وطلب من فرع منع الجريمة والعدالة الجنائية وضع مشروع مدونة دولية لقواعد السلوك للموظفين العامين وتقديمه الى المؤتمر التاسع.

كما حظيت مسألة الفساد الحكومي بمزيد من انتباه الجمعية العامة ، التي اعتمدت القرار ١٠٧/٤٥ بشأن التعاون الدولي في مجال منع الجريمة والعدالة الجنائية في سياق التنمية. =

تشريعات مختلف الدول لعقاب الموظف الذي يخل به :

= وأكدت الجمعية العامة من جديد توصيات المؤتمر الثامن فيما يتعلق بالتدابير التي ينبغي للدول الأعضاء اتخاذها وأوصت بأن يقوم فرع منع الجريمة والعدالة الجنائية بتنسيق عمليات أعداد المواد بغية مساعدة البلدان في الجهود التي تبذلها لمكافحة الفساد وأن يوفر للقضاة والمدعين العامين تدريباً تخصصياً يؤهلهم لمعالجة الجوانب الفنية من الفساد.

وقررت الجمعية العامة، في إعلان وبرنامج العمل الواردين في قرارها ١٥٢/٤٦، أن يستهدف برنامج الأمم المتحدة لمنع الجريمة والعدالة الجنائية مساعدة المجتمع الدولي في تلبية احتياجاته الملحة في مجال منع الجريمة والعدالة الجنائية وتحقيق العدالة الجنائية وتزويد البلدان في الوقت المناسب بالمساعدة العملية على معالجة المشاكل الناجمة عن الجرائم الوطنية وغير الوطنية على السواء ومن أهداف البرنامج تحقيق تكامل وتضافر الجهود التي تبذلها الدول الأعضاء في مجال منع الجريمة غير الوطنية ومكافحتها والترويج لأسمى معايير الإنصاف والعدل والسلوك المهني.

وتشير الأعمال التحضيرية لمؤتمر الأمم المتحدة التاسع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين إلى تزايد الانتباه الدولي للآثار المترتبة على الأفعال المنافية للواجب الرسمي التي يقوم بها الموظفون العامون ، واستفحال الأخطار التي يطرحها الفساد الحكومي ، وتزايد القلق إزاء الأنشطة الفاسدة وعواقبها لدى الأوساط المالية في جميع أرجاء العالم. ففي زمن تعمه الضغوط المالية، يتزايد حذر المؤسسات المالية والوكالات المانحة والبلدان من الممارسات التي من شأنها أن تحول الموارد عن أغراضها المقصودة . وتوحي التطورات الحديثة بأن هناك اتجاهاً متزايداً نحو الإدارة الأكفأ للأموال المخصصة للمعونة والمساعدة التقنية. وفي هذا الخصوص ، قد يرغب المؤتمر في توجيه الانتباه إلى المواضيع المقترنة بأنشطة التمويل الدولي وتدفق أموال التعاون التقني. كما أشارت الأعمال التحضيرية ذاتها إلى اكتساب المواضيع المقترنة باساءة استعمال السلطة من جانب موظفي الحكومة أهمية ودلالة جديدتين بالنظر الى أحدث الاتجاهات في العلاقات الاقتصادية العالمية. فالعالم يسير في اتجاه مزيد من الحرية في التجارة ، وفتح الحدود أمام البضائع والخدمات، وتنظيم هيكل الاقتصاديات وتسييرها بالاستناد الى مبادىء السوق الحرة. والممارسات الفاسدة تحمل في ثناياها =

لذا لم يترك المشرع في مختلف الدول واجب احترام نزاهة الوظيفة العامة لمجرد جزاء تأديبي يوقع على الموظف عند إخلاله به ، بل تدخل

=. إمكانية تشويه سير أعمال الأسواق المعاصرة وتقليص المنافع التي يمكن أن تعود من حرية التجارة. وقد تكون نتيجة هذه الممارسات ضارة بالتنمية والنمو الاقتصادي . بل إن الأمر يصبح أشد أهمية في حالة بلدان في سبيلها إلى إجراء إصلاحات اقتصادية بهدف تحديث اقتصاداتها. وقد يرغب المؤتمر في استطلاع آثار ممارسات الإدارة الفاسدة في سياق الإصلاح الاقتصادي وتنفيذ التدابير الرامية إلى تعزيز التجارة الحرة.

وتقتضي الإجراءات المناهضة للفساد ، كما تضيف هذه الأعمال ، كي تكون فعالة التزاماً سياسياً راسخاً واتخاذ مجموعة مؤلفة من التدابير . ويتطلب منع الفساد مزيجاً من التشريعات الادارية والجنائية . وتتوقف درجة تكاملها وترابطها النسبي على الهياكل الإدارية المعينة لكل بلد ، فضلاً عن المشاكل المحددة التي يلزم معالجتها. غير أن هذه التدابير تبين بعض عناصر مشتركة وتشكل الأساس لقيام تعاون دولي مثمر وفعال. ومن بعض خصائص التدابير المناهضة للفساد التي يبدو أنها تتزايد أهمية ، مرونتها وتوافقها مع التدابير التي تتخذها بلدان أخرى ، مما يذلل التعاون عبر الحدود على كافة المستويات.

وقد قام فرع منع الجريمة والعدالة الجنائية ، كما ذكر من قبل ، بوضع مشروع مدونه دولية لقواعد السلوك للموظفين العامين ، وذلك إعمالاً للقرار ٧ للمؤتمر الثامن. وقد أعرب عن استصواب وضع مشروع مدونة من هذا القبيل أيضاً خلال الحلقة الدراسية الأقاليمية عن الفساد الحكومي . وتعتبر مدونات السلوك بوجه عام مفيدة بوصفها عناصر لمنع الفساد ومكافحته. فبالإضافة إلى أنها تشكل بياناً بالقيم والسياسات ، فقد يؤثر تنفيذها المستمر تأثيراً مؤاتياً في التصورات العامة والتعاون. والمشروع هو ثمرة أعمال اضطلع بها بضعة خبراء جميع المناطق . وقد حاول تجميع بعض العناصر المشتركة للممارسات المتبعة في جميع أرجاء العالم ، والمقصود به أن يكون بمثابة أساس للتشريعات الوطنية. ويمكن تعديل المشروع بحيث يتوافق مع الاحتياجات المحددة للدول الأعضاء واعتبارتها ومشاغلها.

انظر في ذلك الأعمال التحضيرية لمؤتمر الأمم المتحدة التاسع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين. لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية ، فيينا ، الدورة الثالثة ٢٦أبريل - ٦مايو ١٩٩٦.

لتجريم بعض صور المساس بهذه النزاهة ، سواء من قبل القائم على الوظيفة العامة أم من جانب المتعاملين معه ، ضماناً لحسن أدائها وسيرها الطبيعي المنتظم.

والإخلال بواجب احترام نزاهة الوظيفة العامة من جانب القائم عليها ، الذي يقتصر عليه موضوعنا، يتسع ، بحكم اتساع حدود التزام الموظف بالنزاهة تجاه وظيفته ، ليشمل العديد من الصور التجريمية الواردة بقانون العقوبات الاتحادي كالرشوة والمكافأة اللاحقة والاختلاس والجباية غير المشروعة للأموال الموسومة فقهاً بالغدر. وعرض هذه الصور التجريمية كلها أمر لايتسع له هذا المقام ، لذا سنكتفي بعرض الجريمة الأولى والثانية فقط ، مخصصين لكل منهما مطلباً .

المطلب الأول

جريمة الرشوة

١٢- تعريف بالجريمة والحكمة من تجريمها:

الرشوة نوع من الاتجار بالوظيفة أو الخدمة العامة تتمثل في قيام الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة بأداء عمل أو الامتناع عن عمل من أعمال الوظيفة أو الخدمة أو الإخلال بواجباتها مقابل منفعة خاصة له أو لغيره . فهي بعبارة ثانية ، انحراف بالوظيفة أو الخدمة عن المسار السوي الذي تحدده القوانين واللوائح وجعلها مصدراً للكسب غير المشروع باتخاذ أداء أعمالها أو الامتناع عن أدائها أو الإخلال بواجباتها سبباً للحصول على فائدة أياً كان نوعها. وتجريمها في قانون العقوبات الاتحادي جاء تكريساً لهذا

المعنى. ونطاقها فيه لا يشمل العمال والمستخدمين في المشروعات الخاصة ، كما في تقنينات عقابية أخرى .

وهي بهذا لاتقع إلا من موظف عام يتعدى بارتكابها على أعمال وظيفته التي يجب أن تؤدي فحسب بالتطلع لمقتضيات الصالح العام ، ويخل من ثم بواجباتها. إذ هو مكلف بحكم القانون بأداء وظيفته دون أن يقتضي من الأفراد مقابلاً للقيام بها ، فلا حق له في مقابل عما يؤديه سوى ما يتقاضاه من راتب من الجهة التابع لها ، فإن شذ عن ذلك فطلب أو قبل ، أو من باب أولى أخذ ، مقابلاً من أي نوع من صاحب المصلحة نظير قيامه بأعمال وظيفته أو امتناعه عن القيام بها ، فإنه يكون قد أخل بواجبات وظيفته وتاجر بها أو استغلها لتحقيق منفعة شخصية[1].

والرشوة ، كاتجار مذموم بأعمال الوظيفة العامة أو استغلال غير مشروع لها ، تعد من أخطر جرائم الإخلال بواجبات الوظيفة العامة ، فهي خرق لمقتضى الواجب الوظيفي القاضي بإعمال وإعلاء مبدأ المساواة بين الأفراد المتساوين في المركز القانوني[2] ، واخلال بميزان العدل بين الناس. إذ

(١) وهذا المفهوم الذي يبرز في جريمة الرشوة صفة الاتجار بالوظيفة أو استغلالها هو ماحرصت محكمة أبوظبي الاتحادية الاستئنافية على تسجيله بقولها في حكم حديث لها أنه: " من المقرر قانوناً أن الركن المادي في جريمة الرشوة يتحقق بارتكاب نشاط إجرامي معين من أجل تحقيق غرض معين يتضح فيه معنى الاتجار بالوظيفة أو استغلالها ".محكمة أبو ظبي الاتحادية الاستئنافية، الحكم الصادر في الاستئنافين رقمي ٧٠٧ ، ٧٤٠ لسنة ١٩٩٣ جزائي أبوظبي، جلسة ٣١ أكتوبر ١٩٩٣: مجلة العدالة ، وزارة العدل ، أبوظبي ، العدد الرابع والثمانون ، س٢٢ ، أكتوبر ١٩٩٥ ، ص١٦٥.

(٢) في إشارته وتأكيده على هذا المبدأ نص مشروع المدونة الدولية لسلوك الموظفين العامين في =

تؤدى عن طريقها خـدمات مرافق الدولة إلى من يدفع المقابـل للموظف العام ، وتحجب هذه الخدمات أو تعطل عن الأفراد غـير القادرين أو العازفين عن بذل العطاء. ومن شأن ذلك أن يهـدر ثقة المواطنين الأسوياء في أعـمال من يمثلون السلطة العامة ونزاهتها، وأن يدخل في روع المواطنين غـير الأسوياء الاعتقاد بقدرتهم عن طريق سـلطان المال على شراء ذمة الدولة من خـلال موظفيـها . وذلك أخطر مـا يصـيب الإدارات الحكوميـة ويزعـزع كيـان الدولة ذاتهـا[١]. ويقوض الأسس القانونية للمجتمع المدني[٢].

= بنده الرابع الوارد تحت عنوان " قبول الهدايا أو غيرها من المجـــاملات " على أن " لايضع الموظفون العامون أنفسهم في موقف يجدون فيه أن عليهم التزاماً أدبياً بمنح معاملة تفضيلية أو اعتبار خاص لأي شخص أو هيئة مثلاً بأن يقبلوا سواء بشكل مباشر أو غير مباشر أي هدية أو إكرامية أو مجاملة أو ضيافة أو قرض أو أي شيء له قيمة نقدية.

(١) للتفصيل حول ارتباط الفساد والاضطرابات السياسية بانحرافات الوظيفة العامة بوجه عام، وبالرشوة والاتجار بالنفوذ والمحاباة بوجه خاص ، في بعض الدول الأفريقية كغانا ومالي ونيجيريا والكونغوبرازفيل وزائير والنيجر ، راجع : Hyacinthe Sarassoro, Corruption de fonctionnaires en Afrique, étude de droit pénal comparé, paris, .1980, pp. 5-6
وكذلك : مؤلفنا سالف الذكر ، ص١٨ وما بعدها.

(٢) إدراكاً لخطورة الفساد والرشوة على كيان الدولة تضمن مشروع إعلان الأمم المتحدة بشأن الجريمة والأمن الذي وافقت عليه مؤخراً لجنة الأمم المتحدة لمنع الجريمة والعدالة الجنائية في دورتها التي عقدتها في فينا فيما بين ٢١-٣١ مايو ١٩٩٦ النص على أن تعمل الدول الأعضاء على أن تكافح بأسلوب منسق الفساد والرشوة اللذين يقوضان الأسس القانونية للمجتمع المدني . كما وافقت اللجنة في دورتها المنوه عنها على مشروع قرار تقدمت به هولندا ودول أخرى باعتماد المدونة الدولية لقواعد سلوك الموظفين العموميين (سابق الإشارة إليها) وأوصت بأن تتخذها الدول الأعضاء أداة تسترشد بها في جهودها الخاصة بمكافحة الفساد ، وطلبت من الأمين العام تعميمها لجميع الدول.

والنموذج القانوني لجريمة الرشوة، حسبما يستخلص من نصوص المواد من ٢٣٤ إلى ٢٣٩ من قانون العقوبات الاتحادي، يضم صورة أصلية لها تتمثل في طلب أو قبول الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة عطية أو مزية أو وعداً بها، لنفسه أو لغيره، لأداء عمل أو للامتناع عن عمل إخلالاً بواجبات وظيفته (م٢٣٤/١ ع)[1]، أو للقيام بعمل أو امتناع واجب (م٢٣٤/٢ ع[2]) أو لأداء عمل أو للامتناع عن عمل لا يدخل في أعمال وظيفته (م ٢٣٦ ع)[3]، فضلاً عن صور أخرى تضم أفعالاً داخلة في نطاق الرشوة أو تقترب منها كجريمة عرض الرشوة وجريمة التوسط في الرشوة المعاقب عليها بالمادة ٢٣٧ ع. والاخيرتان خارج نطاق موضوعنا.

١٣- البنيان القانوني لجريمة المرتشي في قانون العقوبات الاتحادي:

حدد المشرع الاتحادي في المادتين ٢٣٤ و٢٣٦ من قانون العقوبات مكونات البنيان القانوني لجريمة المرتشي في ثلاث: (أولاً) صفة خاصة في المرتشي تتمثل في كونه موظفاً عاماً أو مكلفا بخدمة عامة، و(ثانيها) ركن

---

(١)،(٢) تنص المادة ٢٣٤ع اتحادي على أن "يعاقب بالسجن المؤقت كل موظف عام أو مكلف بخدمة عامه طلب أو قبل لنفسه أو لغيره عطية أو مزية من أي نوع أو وعداً بشيء من ذلك لأداء عمل أو الامتناع عن عمل إخلالاً بواجبات وظيفته. فإذا كان أداء العمل أو الامتناع عنه واجباً تكون العقوبة السجن مدة لاتجاوز عشرسنوات. ويسري حكم هذه المادة ولو كان الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة يقصد عدم أداء العمل أو عدم الامتناع عنه".

(٣) تنص المادة ٢٣٦ع اتحادي على أن "يعاقب بالسجن مدة لاتجاوز خمس سنين كل موظف عام أو مكلف بخدمة عامة طلب أو قبل لنفسه أو لغيره عطية أو مزية من أي نوع أو وعداً بشيء من ذلك لأداء عمل أو للامتناع عن عمل لا يدخل في أعمال وظيفته".

مادي قوامه نشاط إجرامي يصدر عن المرتشي يتخذ صورة طلب أو قبول عطية أو مزية أو وعد بها ، لنفسه أو لغيره ، لأداء عمل أو للامتناع عن عمل إخلالاً بواجبات وظيفته أو للقيام بعمل أو امتناع واجب أو لأداء عمل أو الامتناع عن عمل لايدخل في أعمال وظيفته . و (ثالثها) ركن معنوي يتخذ صورة القصد الجنائي.

١٤- أولاً: صفة الموظف العام:

الرشوة من جرائم ذوي الصفة ، أي من الجرائم التي يشترط القانون لوقوعها أن تتوافر في فاعلها صفه معينة. وهي من هذه الوجهة جريمة موظف عام ، لايتأتى أن ترتكب من غيره . فهي إحدى جرائم الاعتداء على نزاهة الوظيفة العامة ، بحسبان جوهرها هو الاتجار بها أو استغلالها ، لذا فإنها لاتقع إلا ممن يملك سلطاتها وهو الموظف العام الذي يتقلدها.

وتحديد مدلول الموظف العام في قانون العقوبات تولاه المشرع بتعداده في المادة الخامسة من ق.ع الاتحادي طوائف من الأشخاص اعتبرها موظفين عامين في تطبيق أحكامه ، كما أورد تعريفاً بعجز نفس المادة للمكلف بخدمة عامة على النحو السابق بيانه.

وتطبيق أحكام الرشوة مرهون بتوافر صفة الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة في الفاعل وقت اقترافه السلوك المادي المكون للجريمة [١] بصرف

---

(١) وإذا تطلب المشرع أداء اليمين قبل ممارسة أعمال الوظيفة، فإن التأخير في أدائها لا يؤثر في صحة تعيين الموظف وفي خضوعه للأحكام التي أوردها المشرع بشأن هذه الطائفة. فالشخص ، على ما قضت محكمة النقض الإيطالية في ١٩ابريل ١٩١٨ ، يكتسب صفة الموظف العام بالتعيين ولا يتوقف ذلك على أداء اليمين. فإذا كانت اليمين لازمة لصحة الأعمال التي =

النظر عن زوال هذه الصفة عنه بعد ذلك بالعزل أو الاستقالة أو إنهاء الخدمة[1] وقبل القيام بالعمل المطلوب كمقابل للرشوة. فإن لم تكن هذه الصفة

= يمارسها الموظف العام ، إلا أنها ليست ضرورية لتقرير مسئوليته الجنائية إذا خالف واجبات وظيفته وارتكب جريمة (نقض إيطالي ١٩ابريل ١٩١٨ و ٤فبراير١٩٠٩ .مشار إليه لدى : د.آمال عثمان ، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص) ، القاهرة ، ١٩٨٩ ، بدون ناشر ، ص٣٧. وقارن المعنى نفسه لدى : د. رمسيس بهنام ، القسم الخاص في قانون العقوبات ، الاسكندرية، منشأة المعارف ، ١٩٧٤ ، ص٣٨).

(١) ورداً على مادفع به متهم بجريمة رشوة من أنه " لايحمل صفه الموظف العمومي لأن وقوع الجريمة تم بعد انتهاء خدماته " الذي قدم للتدليل عليه شهادة لمن يهمه الأمر وإشعار إنهاء خدمة في ١٩٩٤/١١/١٢ ، قضت محكمة ابوظبي الشرعية الابتدائية بأن " ما أثبت في هذه المستندات يخالف صحيح قانون الخدمة المدنية لأن المادة ٨٩ من قانون الخدمة المدنية لا تنص على الغياب سبباً من أسباب إنهاء الخدمة. والمستندات المقدمة تؤكد أن المتهم كان مواظباً على عمله حتى ٩٤/١١/١٢ أى قبل الضبط بثلاثة أيام الأمر الذي لا يتفق مع انهاء الخدمة للغياب ثلاثة أيام فقط والتي يعتبرها القانون إجازة عارضة حسبما نصت المادة ٤٢من القانون . كما أن الدفع يخالف القانون حيث أقر المتهم بأنه اتفق مع ... منذ أغسطس ١٩٩٤ وأكد ذلك بلقائه معه قبل الضبط بعشرة أيام بمعنى أن الاتفاق (على الرشوة) قد تم والمتهم على رأس عمله " . وفي تقديرها لهذا الدفع قررت محكمة استئناف أبوظبي الشرعية أنه لا ينال من قيام الجريمة في حق المتهم تأسيساً على أنه " كان موظفاً عمومياً وقت الواقعة وقد أقر بذلك أمام الشرطة والنيابة كما شهد بذلك الشهود . وما قدمه من اشعار انهاء الخدمه تلتفت عنه المحكمة لأن المتهم لم يقدم للمحكمة مرسوماً أو قراراً وزارياً بإنهاء الخدمة حتى لم يذكر في الشهادة التي قدمها أمام محكمة الاستئناف .... رقم المرسوم الأميري أو القرار الوزاري بإنهاء الخدمة وتاريخ صدور هذا القرار ومداه وسببه . كما أقر المتهم في محضر جلسة ٩٥/٤/٩ بأنه موظف أمين ويقوم بواجبات عمله ... وكان ذلك في معرض دفاعه عن سبب أخذ المبلغ ". محكمة استئناف أبوظبي الشرعية (الدائرة الرابعة)، الاستئناف رقم ٤٢١ ، ١٩٩٥/٤٣٥ ،جلسة ١٩٩٥/١١/٤ ،غير منشور .

قد توافرت فيه أصلاً أو زالت قبل أن يصدر عنه النشاط الإجرامي فلا ينطبق على ما أتاه وصف الرشوة[1] ، وإن أمكن إسناد جريمة الاحتيال إليه إذا ما توافرت أركانها.

ولا تزول عن الموظف صفته بتغيبه عن عمله في إجازة اعتيادية أو مرضية أو بانقطاعه لفترة مؤقتة عن مزاولة أعمال وظيفته[2]. وفي حالة

(١) ثمة من التقنينات العقابية ما ينص صراحة على امتداد صفة الموظف العام بعد انتهاء الخدمة طالما أنها قد مكنته أو سهلت له ارتكاب احدى جرائم الوظيفة العامة ، كالمادة ٣٦٠ من ق.ع الإيطالي التي تقضي بأن زوال صفة الموظف عن الجاني لا تحول دون اعتباره كذلك طالما أن الجريمة التي وقعت بعد زوال الصفة لها علاقة بالوظيفة أو الخدمة التي كان يباشرها ، والمادة ٢٢٤ من ق.ع المغربي تقضي بأن " تراعى صفة الموظف وقت ارتكاب الجريمة ومع ذلك فإن هذه الصفة تعتبر باقية له بعد انتهاء خدمته إذا كانت قد سهلت له ارتكاب الجريمة أو مكنته من تنفيذها"، والمادة ٣/١٧٣ من ق.ع الياباني التي تجرم طلب الموظف السابق أو أخذه أو موافقته على تقاضي رشوة. وتوسع تقنينات عقابية أخرى ، في مقام الجرائم الماسة بنزاهةالوظيفة العامة، من نطاق صفة الموظف العام بمساواتها في التجريم والعقاب بين الموظف القائم فعلاً بالعمل الوظيفي والشخص الذي يتوقع أن يكون موظفاً. ومن قبيل ذلك قانون العقوبات الياباني الذي يعاقب بمقتضى المادة ٢/١٩٧ الشخص الذي سيصبح موظفاً أو يتوقع أن يصير كذلك إذا طلب أو أخذ أو وافق على تقاضي رشوة، وقانون العقوبات الغاني الذي يعاقب على الرشوة إذا كان طلب أو قبول أو أخذ العطية أو الوعد بها قد وقع من الشخص على أمل أن يصبح موظفاً عاماً ويصير بمكنته أن يتصرف بمقتضى هذه الصفة (م٢٤٢). وقانون عقوبات دبي لسنة ١٩٧٠ الذي تضمن نصاً يعاقب " كل شخص موظف في الخدمة العمومية أو يتوقع تعيينه فيها ... إذا ما ارتشى" (١١٨).

(٢) أو حتى باعتقاله حسبما أفتت بذلك الجمعية العمومية للقسم الاستشاري بمجلس الدولة المصري في ١٠ إبريل ١٩٥٦. فلعدم وجود نص على إنهاء العمل في حالة الاعتقال فإن العلاقة الوظيفية تظل قائمة.

وقف الموظف عن العمل تكف يده عن أعمال وظيفته ، فلا يباشر أياً منها طوال مدة الوقف ، وإن ظل محتفظاً بوضعه الوظيفي وبحقوقه عدا ما يرتبه الوقف من آثار على المرتب ، ويكون ملتزماً بمراعاة الواجبات والمحظورات الوظيفية غير المتعلقة بعمله الموقوف عن توليه ومباشرته، كعدم إتيان سلوك معيب في حياته الخاصة أو ممارسة أعمال على خلاف الوقف ، فإذا فرض وتمكن الموظف الموقوف عن العمل من الحصول على رشوة مقابل القيام بعمل أو الامتناع عنه فان جريمة الرشوة تقوم في حقه لأن صفته الوظيفية مازالت باقية له. وعلى هذا الأساس قضي في مصر بأن الوقف شأنه شأن الإجازة الاعتيادية أو المرضية لايزيل عن الموظف صفته ، ولايحول بالتالي دون توافر جريمة الرشوة في حقه[1].

١٥- (ثانياً): الركن المادي:

يتحقق الركن المادي في جريمة المرتشي بسلوك إجرامي من جانب الموظف العام (أو المكلف بخدمة عامة) يتخذ صورة طلب أو قبول فائدة ما ، لنفسه أو لغيره ، من صاحب المصلحة للقيام بعمل أو امتناع يدخل، أو لايدخل ، في أعمال وظيفته. ويتحلل هذا الركن على مايبين إلى ثلاثة عناصر : (أولها) سلوك إجرامي يرتكبه المرتشي يتخذ صورة الطلب أو القبول ، و(ثانيها) موضوع ينصب عليه السلوك الإجرامي هو الفائدة أو المزية أو الوعد بها ، و(ثالثها) الغرض من الرشوة أو مقابل وسبب الفائدة ويتمثل في القيام بالعمل أو الامتناع الذي يبتغيه صاحب المصلحة.

---

(١) نقض جنائي مصري في ٩فبراير ١٩٥٩. الطعن رقم ١٨٧٥. س٨٢ق. غير منشور . مشار إليه لدى د. أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص (الجرائم المضرة بالمصلحة العامة)، القاهرة ، دار الفكر العربي ، ١٩٨١-١٩٨٢ ، ص.١٢٠.

١٦- (أ) السلوك الإجرامي :

يتخذ السلوك الإجرامي في الرشوة ، وفق قانون العقوبات الاتحادي ، صورة من اثنتين أولاهما الطلب وثانيتهما القبول . وقد ورد النص عليهما على سبيل الحصر في المادتين ٢٣٤ ، ٢٣٦ عقوبات. وهما صورتان

تبادليتان فيكفي توافر أي منهما لقيام الجريمة ، واجتماعهما معاً تقوم به جريمة رشوة واحدة لا جرائم متعددة. ورغم ورودهما على سبيل الحصر إلا أنهما من السعة بحيث تحيطان بأكثر صور الاتجار بالوظيفة أو استغلالها[1].

١٧(١) الطلب:

الطلب، الذي يمكن أن تقع به جريمة المرتشي ، هو كل سلوك يصدر بالإرادة المنفردة للموظف العام أو المكلف بخدمة عامة يحوي عرضاً من

---

(١) اقتصر قانون العقوبات الاتحادي في تحديده لصور السلوك الإجرامي المكون لجريمة الرشوة على الطلب والقبول ، ولم ينص على الأخذ صراحة باعتباره متضمناً في القبول. ويشاركه في ذلك عدة تشريعات عقابية ، كقانون العقوبات اليوناني(م ٢٢٥) والفنلندي (م١ - القسم التاسع) والزائيري (م١٩٧) وقانون عقوبات مالي (م٩٦) وكوت دي فوار(م١٧٧) ، إضافة إلى التقنين العقابي المغربي (فصل ٢٨) والسوري (م ٣٤٢) واللبناني(م ٣١٥) والأردني (م١٧٠) والبحريني(م١٦٨) ، واليمني الجديد رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤ (م١٥١ع) . أما أكثر التقنينات العقابية فتنص صراحة ، بجانب الطلب والقبول ، على الأخذ كصورة ثالثة للسلوك الإجرامي المكون لجريمة الرشوة . ومن ذلك قانون العقوبات الياباني(م ١٩٧) والروسي (م ١٧٣) والمصري (م ١٠٣ ، ١٠٣مكرر ، ١٠٤، ١٠٤مكرر) والجزائري (م١٢٦) والليبي (م ٢٢٦) ونظام مكافحة الرشوة السعودي الجديد (المادة الأولى) . وثمة من التشريعات العقابية مالا ينص على الطلب بين صور السلوك المادي المكون لجريمة الرشوة قاصراً التجريم على صورتي الأخذ والقبول فقط ، كقانون العقوبات الإيطالي (٣١٨) والبلجيكي (م٢٥٢) والتونسي(م٨٣).

جانبه ببيع عمل وظيفي يدخل ، أو لايدخل ، في اختصاصه لقاء عطية أو مزية أو وعد بها. فهو بعبارة ثانية ، تعبير عن إرادة منفردة من جانب الموظف متجهة إلى الحصول على مقابل نظير القيام بعمل أو الامتناع عن عمل يدخل أو لايدخل في حدود وظيفته. ويستوي في تحققه أن يصدر مباشرة من الموظف لصاحب المصلحة أو من خلال وسيط يختاره للتعبير عن إرادته[1].

وصدوره عن الموظف يكفي لتحقق جريمة الرشوة في مواجهته متى توافرت بقية أركانها ، حتى ولو لم يصادف طلبه قبولاً أو استجابة من صاحب المصلحة[2] ، بل ولو رفضه وسارع إلى إبلاغ السلطات العامة. ومرد ذلك أن مجرد طلب الموظف للرشوة فيه إنزال للوظيفة منزلة السلعة القابلة للبيع والشراء ، ويكشف في حد ذاته عن معنى الاتجار بالوظيفة أو

(١) ومسئولية من اختاره الموظف للتعبير عن إرادته ومباشرة الطلب باسمه تتحدد حسب وقائع كل دعوى ، وتوافر القصد الجنائي لديه أو انتفاؤه. فيعتبر وسيطاً في الرشوة إذا كان على علم بالمهمة المكلف بها ، وتنتفي مسئوليته إن كان حسن النية معتقداً - مثلاً - دائنية الموظف لصاحب المصلحة.

(٢) عبرت محكمة أبوظبي الاتحادية الاستئنافية عن هذا المعنى بقولها أنه "يكفي لتوافر النشاط الإجرامي (في جريمة الرشوة) أن يصدر عن الموظف أو المكلف بخدمة عامة بإرادته المنفردة إيجاب بالرشوة ولو لم يعقبه قبول له ممن توقع الموظف أن يكون راشياً ، ويستوي لوقوع الجريمة أن يرد الطلب على العطية أو ينصرف إلى مجرد الوعد بها، إذ يتحقق بذلك الخطر المراد تفاديه بتجريم الرشوة ".

حكم محكمة ابوظبي الاتحادية الاستئنافية، سابق الإشارة إليه.

وتعبيراً عن نفس المعنى قضت محكمة النقض المصرية بأن "جريمة الرشوة تتحقق في حق الموظف العمومي بطلبها إذ أنه يعبر بذاته عن اتجاه إرادة الموظف للاتجار بالوظيفة". نقض مصري ٢٥ نوفمبر ١٩٥٧ ، مجموعة الاحكام ، س٨ ، رقم ٢٥٧ ، ص ٩٣٥.

استغلالها[1]. كما أن الموظف بمثل ذلك الطلب يخل بما تفرضه عليه واجبات وظيفته من أمانه ونزاهة وتجرد وبما فرضه الدستور من عدل ومساواة في الحقوق والواجبات (م١٤ من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة الصادر سنة ١٩٧١).

وطلب الموظف للرشوة قد يكون صريحاً معبراً عنه باللفظ أو الكتابة أو الإشارة، وقد يكون ضمنياً يستفاد من اتخاذ الموظف موقفاً إيجابياً معيناً لاتدع ظروف الحال شكاً في دلالته على إرادته تقاضي مقابل لقاء ما يقوم به أو يمتنع عنه من عمل. كفتح درج مكتبه في مواجهة صاحب الحاجة بطريقه تفيد رغبته وضع مبلغ من النقود فيه، وكإيمائه لصاحب الحاجة باستعداده للتغاضي عن المخالفة الجمركية لقاء ما يبذل له من مال[2]. ومجرد سكوت الموظف أو اتخاذه موقفاً سلبياً محضاً لا يمكن أن يستفاد منه صدور طلب الرشوة من جانبه، إلا إذا أحاطت به ظروف لاتدع مجالاً للشك في الدلالة على إرادته الربط بين القيام أو الامتناع عن العمل وبين المقابل المتمثل في العطية أو الوعد بها.

---

(١) وفي بعض الدول التي لاتجرم تقنيناتها العقابية مجرد طلب الموظف للرشوة يجري القضاء على اعتبار الطلب مماثلاً للأخذ أو القبول المكون لمادية الجريمة التامة. فالمادة ٢٤٠ من قانون عقوبات غانا، مثلاً، لاتنص على الطلب بين صور السلوك المادي المكون لجريمة الرشوة، ومع ذلك قضت محكمة استئناف اكرا في ٢٩يوليو سنه ١٩٦٨ بإدانة وزير دولة غاني لطلبه على سبيل الرشوة ١٠٪ من القيمة الإسمية لأذونات تصدير يستخرجها لتاجر لبناني.
انظر: Hyacinthe Sarassoro, Ibid, P.72

(٢) نقض مصري أول ديسمبر سنه ١٩٥٩، مجموعة الأحكام، س١٠، رقم ١٩٩، ص ٩٧٠.

وتقدير صدور الطلب من جانب الموظف أو عدم صدوره متروك لمحكمة الموضوع تستخلصه من وقائع الدعوى والأدلة المطروحة فيها مادام تقديرها سائغاً يتفق مع المنطق والمقبول. فإذا انتهت إلى ثبوت صدور طلب الرشوة من جانبه تحققت حكمة معاقبته على جريمة الرشوة[1].

ولا أهمية في قيام الجريمة لتسليم صاحب المصلحة لمبلغ الرشوة الذي طلبه الموظف ، فتسليم المبلغ بعد ذلك ليس إلا نتيجة لما تم الاتفاق عليه بينهما . لذا قضى في مصر بأنه " متى كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعن طلب الرشوة حوالي يوم ... وهو ما تتوافر به أركان جريمة الرشوة وكانت الإجراءات التالية بما فيها إذن التفتيش تهدف إلى القبض على الطاعن وهو يتسلم الرشوة ، وهي واقعة لاحقة لطلب الرشوة ، فإن الطعن بأن الإذن بالتفتيش قد صدر عن جريمة مستقبليه يكون بعيداً عن محجة الصواب ".

والطلب الذي يتحقق به الركن المادي لجريمة الرشوة ينبغي أن يكون صادراً عن الموظف ، ومعبراً عن إرادته الجدية في الحصول على مقابل نظير ما يقوم به أو يمتنع عنه من عمل . ولا تعتبر جدية إرادة الموظف الهازل الذي لا يقصد من اللفظ الصادر عنه معناه الحقيقي أو المجازي.

ويلزم في طلب الرشوة ، باعتباره تعبيراً عن الإرادة موجهاً إلى صاحب الحاجة ، أن يباشر على نحو يمكن أن يصل إلى علم من يوجه إليه ، لذا يجوز أن يكون بالقول الموجه إلى صاحب الحاجة مباشرة أو بواسطة التليفون أو

(١) نقض مصري ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٥٧ ، مجموعة الأحكام ، س٨ ، رقم٢٥٧ ، ص٩٣٥. وكذا : نقض ١٩ابريل سنه ١٩٧٠، مجموعة الأحكام، س٢١، رقم١٤٧، ص٦١٧.

بواسطة شريط صوتي مسجل ، أو بتحرير خطاب وتصديره إليه عن طريق البريد. إما إن باشر الموظف التعبير عن إرادته طلب الرشوة بطريقة لا تحمل هذه الإرادة إلى علم صاحب الحاجة فلا نكون إزاء طلب جدي يتحقق به الركن المادي لجريمة الرشوة.

ويسوي المشرع بين طلب الموظف الرشوة لنفسه أو لغيره فتتحقق الجريمة في ركنها المادي حتى ولو طلب الموظف عطية أو وعد بها لغيره. ومن ثم فلا مصلحة للمتهم من التحدي بأنه لم يطلب الرشوة لنفسه[1]، فالقانون لايفرق بين الفائدة التي يحصل عليها الموظف لنفسه والفائدة التي يطلبها أو يقبلها لغيره[2].

ولا يلزم في طلب الرشوة أن يتضمن تحديداً للفائدة بل يكفي أن ينصب الطلب على فائدة قابلة للتحديد. لذا فالموظف الذي يطلب فائدة من صاحب الحاجة تاركاً له أمر تحديدها تتوافر في حقه صورة طلب الرشوة المجرم قانوناً.

ولا يعتبر طلب الموظف للرشوة قد تحقق كاملاً إلا بوصوله الى علم صاحب الحاجة. لذا فالشروع فيه متصور[3]. وهو يتحقق في الأحوال التي

---

(١) نقض مصري ٧يناير سنة ١٩٥٨ ، مجموعة الأحكام ، س٩ ، رقم ٣ ، ص١٧.

(٢) نقض مصري ٢٩مايو سنة ١٩٦١ ، مجموعة الأحكام ، س١٢ ، رقم ١٢٠، ص٦٢٨ ، نقض ١٦ أكتوبر سنة ١٩٦٧، مجموعة الأحكام ، س١٨ ، رقم ٢٣٥ ، ص١١٢٢.

(٣) على العكس من ذلك يذهب رأي في الفقه إلى أن تجريم مجرد الطلب جعل الرشوة من الجرائم الشكلية التي لا يتصور فيها الشروع على أساس أن الطلب يشكل حسب الأصل شروعاً في رشوة ، والأعمال السابقة عليه تعد أعمالاً تحضيرية لاعقاب عليها . وإذا كان المشرع قد خرج على هذا الأصل في شأن الطلب وجعل منه عملاً تنفيذياً تاماً بالنص ، فإن الشروع فيه وفقاً =

يصدر فيها عن الموظف طلب الرشوة ولا يصل لسبب خارج عن إرادته إلى علم صاحب الحاجة ، كأن يكلف الموظف شخصاً بإبلاغ صاحب الحاجة برغبته في الحصول على رشوة فلا يقوم بإبلاغه بل بإبلاغ السلطات المختصة أو أن يحرر الموظف خطاباً يضمنه رغبته في الحصول على رشوة ويصدره عن طريق البريد إلى صاحب الحاجة فيضبط الخطاب قبل وصوله إليه. وإذا عدل الموظف عن طلبه الرشوة أثناء مرحلة الشروع استفاد من العدول الاختياري ، كأن يحرر كتاباً بطلبه الرشوة ويرسله مع أخر لا يعلم مضمونه إلى صاحب الحاجة ثم يلحق به قبل وصوله فيعدم الخطاب أو يتلفه.

١٨- (٢) القبول:

وهو يرد ، في قانون العقوبات الاتحادي ، إما على عطية حالةحاضرة أو على عطية مؤجلة ، فيشمل صورتي قبول العطية ذاتها وأخذها أي التناول الفوري المعجل لها ، وقبول وعد بتقديمها مستقبلاً. وبه تتحقق صورتا الرشوة " المعجلة "و " الآجلة " حسب تسمية الفقه ، على التوالي ، لكلتيهما.

ومسلك المشرع الإماراتي في قصر صور السلوك المادي المكون لجريمة

=. للأصل عمل تحضيري للرشوة. وبالتالي فلا يصح إدخاله في نطاق التجريم باعتباره بدءاً في تنفيذ الرشوة. انظر : د. عبد المهيمن بكر سالم ، القسم الخاص في قانون العقوبات. الجرائم المضرة بالمصلحة العامة ، القاهرة ، دار النهضة العربية، ١٩٧٠ ، ص ٣٣٣. أما الجانب الأكبر من الفقه في مصر فيقر بتصور الشروع في طلب الرشوة ، ومنه على سبيل المثال : د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٥٨، د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق ، ص١٦٦ ، د. حسن صادق المرصفاوي ، قانون العقوبات الخاص ، الاسكندرية ، منشأة المعارف ، ١٩٧٨، ص ٤٦، د. مأمون سلامة، المرجع السابق، ص ١٢٧-١٢٨ ، د.أمال عثمان، المرجع السابق، ص٩٤.

الرشوة على " الطلب " و " القبول " باعتبار أن ثانيهما يرد على عطية حاضرة أو وعد بها مما يجعل " الأخذ " منطوياً تحته ، ليس فريداً على ماسلف[1] ، بل ويمكن أن يجد له تسويغاً في اللغة لاندراج " الأخذ " فيها وورودة ضمن معاني " القبول "[2].

ومع التسليم بذلك ، وبأن " أخذ " الموظف للعطية يدخل بلا شبهة في دائرة التجريم إذا كان مسبوقاً بطلب أو معاصراً أو لاحقاً لقبوله العطية المعروضة عليه باعتبار " الأخذ " في الحالين تجسيداً لطلبه أو قبوله أو نتيجه لهما ، إلا أن النص صراحه على " الأخذ " كصورة من صور النشاط الإجرامي في جريمة الرشوة إلى جانب الطلب والقبول من شانه تجنب ما قد يثور من اختلاف في الاجتهاد القضائي والفقهي حول تكييف الواقعه في حالات "الأخذ" المباشر والتلقائي للفائدة غير المسبوق بطلب أو قبول لفائدة معروضة، كما هو حال موظف الجمارك حين يقوم بأخذ بعض أمتعة الراكب مباشرة من حقائبه نظير تغاضيه عما اكتشفه من مخالفات جمركية ، أو

---

(١) ومع ذلك لم يؤثر المشرع الاتحادي اتباع ذات المسلك في تجريمه للارتشاء من دولة أجنبية للقيام بعمل يضر بمصلحة وطنية، إذ عاقب بمقتضى المادة ١٥٧ منه " كل من طلب أو قبل أو أخذ لنفسه أو لغيره ولو بالوساطة من دولة أجنبية أو من أحد ممن يعملون لمصلحتها عطية أو مزية من أي نوع أو وعد بشيء من ذلك بقصد ارتكاب عمل ضار بمصلحة وطنية...".

(٢) انظر : لسان العرب لابن منظور ، المجلد الحادي عشر ، دار صياد ، بيروت ، بدون تاريخ ، ص ٥٤ وما بعدها. وجاء به "... وقَبِل الشيء قَبولاً وقُبُولاً ، الأخذ عن ابن الأعرابي ، وتقبله كلاهما ، أخذه (ص.٥٤)... قَبِلتَ القابلة المرأة إذا قَبِلت الولد أي تلقته عند الولادهة.... قبلت القابلة الولد قِبَالاً أخذته من الوالدة (٥٤٤) " . وفي المعجم الوسيط : "قبل الشيء قبولاً : أخذه عن طيب خاطر" . المعجم الوسيط لمجمع اللغة العربية بجمهورية مصر العربية ، الجزء الثاني ، استانبول ، دار الدعوة ، ص٧١٢.

الموظف الذي يتصادف وجود أموال لصاحب الحاجة لديه ويردها إليه مقتطعاً منها جزءاً لنفسه نظير ما أداه له من أعمال وظيفته.

وبقبول العطية أو الوعد بها تتحقق جريمة المرتشي ، حتى لو لم يف الراشي ، في حالة الوعد ، بوعده وتنصل من تنفيذه. فلا أهمية لحصول الموظف أو عدم حصوله ، بعد إبداء قبوله للوعد ، على الفائدة. فبالقبول يكون قد انتهك المصلحة المحمية من التجريم وأهدر نزاهة الوظيفة العامة ووافق على بيعها بثمن. ولا يؤثر في قيام جريمة الرشوة في مواجهته عدم قيامه بتنفيذ الفعل أو الامتناع الذي قبل الوعد من أجله. فنكوص الموظف عن أداء العمل المراد منه ، لنقض الراشي لوعده أو لتراجع الموظف عن قبوله بسبب عدم كفاية الوعد أو لأي سبب أخر ، يعتبر عدولاً لاحقاً لاينجيه من استحقاق العقاب.

ولا يلزم في القبول المنصب على ذات العطية أن يتخذ مظهراً خارجياً معيناً . فكما قد يكون صريحاً وهو ما يتحقق بصور سلوكية تتلاءم مع طبيعة الفائدة وما إذا كانت مادية أو معنوية ، كاستلامها من الراشي والاستحواذ عليها إن كانت مادية أو الانتفاع بها إن كانت معنوية ، يمكن أيضاً أن يكون ضمنياً كأن يضع صاحب المصلحة مبلغاً من المال في درج مكتب الموظف تحت بصره دونما اعتراض من جانبه. والقبول المنصب على وعد بعطية ، مثله ، لا يشترط أن يكون في صورة معينة. فيصح أن يكون صريحاً أو ضمنياً ، معلناً بالقول أو بالإشارة المتداولة عرفاً ، كهز الرأس عمودياً دلالة الموافقة ، أو بالكتابة وإن ندر صدوره كتابة لتفادي الإثبات والإدانة. وليس بشرط فيه أن يكون نهائياً ، فقد يكون معلقاً على شرط ومع ذلك تقع به جريمة الرشوة تامة. إذ تعتبر الرشوة قد تمت بمجرد القبول

بصرف النظر عن الشرط. والقبول، كتعبير عن رضاء الموظف وموافقته على الرشوة عاجلة كانت أم آجلة ، يجب أن يكون مظهراً لإرادة حقيقية تقصد مضمونه ، أى إرادة جادة لديه . ولا تعتبر جادة إرادة الهازل ولا الإرادة الصورية. لذا فإن أراد الموظف بقبوله العطية مزاحاً أو تظاهر بقبول الوعد لمجرد تمكين السلطات من القبض على عارض الرشوة انتفت الجريمة في مواجهته[1]. فتعبيره عن قبوله في هذه الحالة لا يعد مظهراً صادقاً لإرادته الحقيقة بل مظهراً لا يطابق الواقع يستر قصده الحقيقي . لذا فإن القبول الحقيقي الذي تتم به الجريمة يكون منعدماً، ولا يكون في المسألة أكثر من عرض من جانب الراشي لم يصادف قبولاً من الموظف ، وهو ما يشكل جريمة عرض رشوة قبل صاحب الحاجة.

وبالقبول تتحقق جريمة الرشوة في ركنها المادي سواء حصل الموظف على الفائدة بعد ذلك أم لم يحصل عليها. وأساس ذلك أن الرشوة لا تقوم على الدفع من جانب والقبض من الجانب الآخر ، بل على مجرد قبول الموظف الاتجار بالوظيفة أو استغلالها . فلا يشترط لتمامها أن يكون الموظف المرتشي قد قبض ثمن العمل المطلوب منه.

---

(١) فالقبول الظاهري من جانب الموظف للعطية أو الوعد بهدف تمكين السلطات من القبض على الراشي يأخذ حكم الرفض. نقض مصري ٢٨ ديسمبر ١٩٨٢ ، مجموعه الأحكام ، س٣٣ ، رقم ٢١٧، ص١٠٦١. ومما قضى به في المملكة العربية السعودية في هذا الشأن إن تظاهر الموظف أثناء الطريق بقبول الرشوة المعروضة عليه من المتهم إلى أن يتمكن من إبلاغ المسئولين بالأمر... يعد في حقيقته رفض من الموظف للرشوة. القرار رقم هـ/٢٩/١ لعام ١٤٠١هـ الصادر في القضيه رقم ١/٣٦٩/ق لعام ١٤٠١هـ بجلسة ١٤٠١/١١/١٧هـ. مجموعة القرارات الجزائية الصادرة عن دوائر هيئة الحكم في قضايا الرشوة والتزوير عام ١٤٠١هـ، ديوان المظالم، الإصدار الجزائي الثالث، ص٣٦١.

١٨ (٣) - مدى دلالة السكوت على القبول :

متى قبل الموظف عرض الرشوة ، صراحة أو ضمناً ، تحققت الجريمة في ركنها المادي ، أما إن سكت إزاء العرض المنطوي على وعد ولم يبد فيه رأياً فإن التساؤل يثور عما إذا كان سكوته يعد رفضاً أم قبول . ويدق الأمر إن مضى الموظف في عمله وانجز ما طلب منه ولم يكن في قيامه به أي إخلال بواجبات الوظيفة أو مخالفة للقانون .

ويتوقف الفصل في هذه المسألة على الدلالة المستخلصة من السكوت. فالسكوت قد يقوم أحياناً مقام القبول ، واحياناً أخرى مقام الرفض، وذلك بحسب ما يصاحبه ويقترن به من ظروف تخلع عليه دلالته.

أما السكوت بمجرده إزاء عرض فقد يكون مرجعه التردد أو عدم الاكترات أو الرفض أو الرغبه في التروي في اتخاذ القرار أو الحرص على التزام الحيطة، كما قد يكون بنية القبول. وفي ضوء ذلك لا يمكن القول بكفاية السكوت المجرد لاعتبار الموظف قابلاً للوعد ، لأن " السكوت يحتمل وجوهاً أخرى سوى الرضى "[1]. وهو لا يقطع بتحقق القبول حتى إذا اعقبه تأدية الموظف للعمل المطلوب مادام أداء العمل لا يشكل أية مخالفة للقانون. فقد يكون مرجع أدائه حرص الموظف على القيام بواجباته بصرف النظر عن إرادة صاحب الحاجة.

وعلى خلاف السكوت المجرد فإن السكوت الملابس ، أي الذي تحيط به ظروف وقرائن تخلع عليه دلالة القبول ، يعد إن صدر من جانب الموظف قبولاً

(١) المحصول في علم الأصول للإمام فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي ، تحقيق طه جابر فياض العلواني ، القاهرة ، ج٢ ، القسم الأول ، ط١ . ١٩٨٠ ،ص٢١٦.

تتحقق به جريمة الرشوة في ركنها المادي . واستخلاص دلالة هذه الظروف والقرائن على القبول متروك لمحكمة الموضوع. وعليها أن تتحوط في ذلك . فإن لم تتوصل إلى أدلة كافية تثبت صدور القبول تعين تبرئة المتهم ، لأن الأحكام الجنائية تبنى على اليقين لا على الشك والاحتمال. وأي شك في تفسير سكوت الموظف المتهم بالرشوة يؤول لصالحه.

١٨ (٤) - القبول الوارد على عرض صوري أو هازل:

حتى يعتبر قبول العطية أو الوعد بها مظهراً لإرادة جادة تقصد مضمونه يتعين أن يرد على عرض جدي في ظاهره على الأقل لأنه إذا تجرد العرض من مظهر الجدية فإن قبوله لا يعبر عن إرادة حقيقية. فيكفي من ثم أن يكون عرض صاحب الحاجة جدياً في ظاهره فقط ، حتى ولو كان عرضه غير جدي في الحقيقة والواقع بأن كان القصد منه كشف اتجار الموظف بعمله الوظيفي . وفي هذا المعنى قضي في مصر بأنه يستوي أن يكون الراشي الذي تعامل مع الموظف جاداً في عرضه أو غير جاد متى كان عرض الرشوة جدياً في ظاهره وكان الموظف قد قبله على أنه جدي منتوياً العبث بمقتضيات وظيفته لمصلحة الراشي لأن العلة التي شرع العقاب على الرشوة من أجلها تتحقق بالنسبة للموظف بهذا القبول منه ، إذ أنه في الحالتين على السواء يكون قد اتجر حقيقة في وظيفته ، وتكون مصلحة الجماعة قد هددت فعلاً بالضرر الناشيء عن العبث بالوظيفة التي ائتمنت عليها الموظف ليؤدي أعمالها بناء على وحي ذمته وضميره ليس إلا[1] . أما العرض الذي يحمل

---

(١) نقض مصري ١٩ابريل ١٩٣٣ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج٦ ،رقم١٦٥، ص٢٢٩.

وفي حكم آخر تقول محكمة النقض المصرية "لايهم لأجل أن يعد الموظف مرتشياً أن يكون الراشي جاداً في عرضه بل المهم أن يكون العرض جدياً في ظاهره وقبله الموظف على هذا =

دلالة الهزل فلا يقوم به عرض من جانب الراشي ولا ينصرف إليه قبول الموظف بالتالي. وبناءً عليه قضي بأنه إذا وعد شخص موظفاً بإعطائه كل ما يملك نظير قيامه بعمل له فإن هذا القول لايفيد أن هناك شروعاً منه جدياً في إعطاء رشوة، إذ هو لم يعرض فيه شيئاً معيناً على الموظف ، وعرضه أشبه بالهزل منه بالجد[1].

١٨ (٥) - العرض التحريضي:

يختص رجال الشرطة ، بوصفهم من مأموري الضبط القضائي ، باستقصاء الجرائم التي تصل إلى علمهم بأي كيفية كانت وجمع أدلتها (م ٣٠من ق.الإجراءات الجزائية الإماراتي). وليس بنادر، حين تدل تحرياتهم على أن أحد الموظفين يقبل من أصحاب الحاجات رشوة لأداء عمل أو امتناع يدخل أو لايدخل في اختصاصه ، أن ينتحلوا صفة أصحاب الحاجات أو أن يتفقوا مع أحد أصحاب الحاجات لعرض رشوة عليه بقصد إيقاعه في جرمه إذا ما استجاب والقبض عليه متلبساً ، مما يثير التساؤل عما إذا كان قبول الموظف لعرض الرشوة تقع به جريمة الرشوة حال ثبوت أن هذا العرض لم يكن سوى تحريضاً له على ارتكابها.

= الاعتبار منتوياً العبث بأعمال وظيفته بناء عليه" . نقض ٤فبراير ١٩٤٦ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج٧ ، رقم ٧٦ ، ص٧١، وأول يونيو ١٩٤٨، ج٨ ، ق٦٩٨. وفي الحكم الأخير قضت محكمة النقض بأن تقديم مبلغ لموظف لعمل من أعمال وظيفته هو رشوة ولا يؤثر في ذلك أن يكون تقديمه بناءً على طلب الموظف أو يكون الراشي غير جاد في عرضه ما دام المرتشي كان جاداً في قبوله. وانظر أيضاً: نقض ١٤فبراير سنة ١٩٦٧ ، مجموعة الأحكام ، س١٨ ، رقم ٤١ ،ص٢٠٩.

(١) نقض ٢٥ إبريل سنة ١٩٣٢ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج٢ ، رقم ٣٤٣ ، ص٥٢٥.

والأصل الذي تنطلق منه الإجابة على التساؤل المثار أنه لا تثريب على رجال الشرطة ، بوصفهم ماموري ضبط قضائي ، فيما يقومون به من تقصي عن الجرائم بقصد اكتشافها مادام لا يقع منهم تحريض على ارتكابها[1]. فتحريضهم الأفراد على ارتكاب الجريمة من أجل ضبطهم أثناء أو عقب ارتكابها يعتبر عملاً غير مشروع ويتجاوز سلطتهم التي نص عليها القانون. إذ تقتصر وظيفتهم على الكشف عن الجرائم ومرتكبيها ولا تمتد إلى المساعدة في خلقها والتحريض على ارتكابها. والقول بغير ذلك فيه افتئات على حرية الأفراد وتشجيع على ارتكاب الجريمة مما لايجوز قانوناً[2]. وينبني على ذلك أنه إذا ثبت أن عرض الرشوة على الموظف لم يكن إلا نوعاً من التحريض على ارتكاب الجريمة فإنه يتصف بعدم المشروعية، ويبطل

---

(١) نقض مصري ١٩٥٣/١/٦ ، مجموعة قواعد النقض خلال ٢٥عام ، ج٢ ، بند ٨ ، ص ٨٠٢. وفيه قضي بأن تظاهر الضابط بقبول عرض المتهم مساعدته في جلب المخدر لا يعد خلقاً للجريمة.

(٢) يعتبر قانون العقوبات الاتحادي التحريض وسيلة من وسائل الاشتراك بالتسبب إذ يقضي في المادة ٤٥/أولاً بأنه " يعد شريكاً بالتسبب في الجريمة : أولاً : من حرض على ارتكابها فوقعت بناءً على هذا التحريض ". ويعاقب بمقتضى المادة ٤٧ من اشترك في جريمة بوصفه شريكاً مباشراً أو متسبباً بعقوبتها مالم ينص القانون على خلاف ذلك. وفي الفقه خلاف حول مدى مسئولية مأمور الضبط القضائي في حالة التحريض على الرشوة. فيذهب رأي إلى امتناع مسئوليته لكونه يؤدي واجباً قانونياً ، أي أن إعفاءه من المسئولية يجد سنده في توافر سبب للإباحة هو أداء الواجب . وذهب رأي آخر إلى إرجاع انعدام مسئوليته إلى انتفاء القصد الجنائي لديه باعتبار أنه لم يهدف بسلوكه تحقيق النتيجة التي يعاقب عليها المشرع ، بل اتجهت نيته إلى تحقيق هدف مشروع وهو ضبط الجريمة الذي يدخل في صميم أعمال وظيفته ، أما الاتجاه الراجح فيؤيد مساءلة مأمور الضبط القضائي عن التحريض على ارتكاب الجريمة راجع : د. آمال عثمان ، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص) ، القاهرة ١٩٨٩، بدون ناشر ، ص٦٥-٦٦.

الدليل المستمد منه ، فتكون كل إجراءات الاستقصاء والتحقيق المبنية عليه باطلة لا أثر لها ، ولا يجوز التعويل عليها في إدانة المتهم ، غير أنه يصح مع ذلك إدانته استناداً إلى أدلة أخرى مستقلة عن الإجراءات الباطلة، كالاعتراف بالجريمة غير المتأثر بالإجراء الباطل. فالجزاء المترتب على التحريض ذو طبيعة إجرائية بحتة حيث يهدر الأدلة المترتبة على القبض والتفتيش ، غير أنه لا يمس وقوع الجريمة من الناحية القانونية ، فيجوز إثباتها من خلال أدلة أخرى صحيحة.

وثمة فارقٌ بين العرض التحريضي للرشوة من قبل ماموري الضبط القضائي وبين عرضها على الموظف بناء على تدبير أمني سابق لضبط الجريمة . ففي سبيل التوصل إلى كشف الجريمة وضبط الجاني يجوز لماموري الضبط القضائي الاستعانة بوسائل الاستقصاء المشروعة، ومن قبيلها التخفي وانتحال الصفات ، ولا يمكن اعتبارهم في تادية هذه المهمة محرضين على ارتكاب الجريمة ، وينبني على ذلك أن وقوع جريمة الرشوة نتيجه تدبير لضبطها لا تاثير له في قيامها مادام أن إرادة الجاني تبقى حرة غير معوقة.

وعلى هذا الأساس قضت محكمة النقض المصرية بانه يجب على ماموري الضبط القضائي أن يقوموا بالبحث عن الجرائم ومرتكبيها، وجمع الاستدلالات التي تلزم للتحقيق والدعوى ، فيدخل في اختصاصهم اتخاذ مايلزم من الاحتياطات لاكتشاف الجرائم وضبط المتهمين فيها ولا تثريب عليهم فيما يقومون به من التحري عن الجرائم بقصد اكتشافها ولو اتخذوا في سبيل ذلك التخفي وانتحال الصفات حتى يانس الجاني لهم ويأمن جانبهم وليتمكنوا من أداء واجبهم ، مادام أن إرادة الجاني تبقى حرة غير

مـعدومـة. وأردفت المحكمة ذلـك بتأكـيدها علـى ضرورة انبـعاث النشـاط الإجرامي لـلمرتشي عن إرادة حـرة بقولها أنـه لما كان ذلك كله قـد حدث في وقت كانت إرادة الطاعن فـيه حرة طليقـة وكان انزلاقه إلى مقـارفة الجريمة وليد إرادة تامهة، فـيكون صحيحاً ما خلص إليـه الحكم من أن تـحريضاً على ارتكاب الجريمة لم يقع من جانب رجل الضبط القضائي[1].

وعلى نفس الأساس أيدت المحكمة الاتحاديـة العليا بدولة الإمارات حكما بإدانة موظف عام في جـريمة رشوة طلب من صاحب الحاجـة مبلغاً من المال لإنجاز معـاملة له لاتدخل في أعمال وظيفـته ، فأعطاه الأخيـر دفعة ثم أبلغ الشـرطة التي اتخذت تدبيـراً معـه لضبط الموظف المرتشي ، وجـاء حكمـها مؤيداً مـا قضى به الحكم المطعـون فيه من أن مـاذهب إليه دفـاع المتهم من أن مـاقـامت به الشرطـة أثناء الضـبط يعتـبـر بمثـابة تحـريض على ارتكاب الجريمة مـردود بان مهمة مـامور الضبط القضـائي هي الكشف عن الجرائم والتـوصل إلى معـاقبـة مرتكبـيـها ، ومن ثم فـإن كل إجراء يقـوم به في هذا السبيل يعتبر صحيحاً ومنتجاً لأثره مادام لم يتدخل بفعله في خلق الجريمة أو التحريض على مقارفتها وطالما بقيت إرادة الجاني حرة غير معدومة[2].

---

(١) نقض مصري أول ديسمبر ١٩٥٩ ، مجموعه الأحكام ، س.١٠ ، رقم ١٩٩ ، ص ٩٧٠. وفي نفس المعني انظر كذلك : نقض مصري ١٦يونيو ١٩٥٣، مجموعة الأحكام ، س٤ ، رقم ٣٥٣ ، ص٩٨٨ ، ١٣يونيو ١٩٦١ ، س١٢ ، رقم ١٣٤ ، ص٦٩٨ ، ٤فبراير ١٩٦٧ ، س١٨ ، رقم٤١ ، ص٢٠٩.

(٢) حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم ٣٤لسنه ١٧ ق.ع جزائي ، جلسة ٢٥اكتوبر ١٩٩٥. غير منشور. ولا يوجد ، حسبما تقرر المحكمة الاتحادية العليا في حكم آخر ، مايحول دون اعتبار اكتشاف التلبس متحققا بطريق مشروع أن يتخذ مأمور الضبط القضائي إجراء يستهدف به كشف أمر جريمة ارتكبت لأن صميم عمله القيام بالتحري والاستدلال ولايعتبر ذلك تحريضاً علـى الجريمـة. حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعنين رقمي ١٥٣ . ١٥٦ لسنه ١٤ق ، جلسة =

١٩(ب)- الفائدة موضوع السلوك الإجرامي:

يتجر الموظف العام بأعمال وظيفته لقاء فائدة ترجح عنده على كفه نزاهة الوظيفة ذاتها، والفائدة التي يحصل عليها أو يوعد بها ينصرف في قانون العقوبات الاتحادي مدلولها إلى مطلق المنفعة ، سواء أكانت مادية أم معنوية، عاجلة أو آجلة. إذ هي فيه ، على ما تعبر المادة ٢٣٤ منه "عطية أو مزية من أي نوع أو وعداً بشيء من ذلك " ، فتشمل كل ما يشبع حاجة فردية ، كبرت أم صغرت ، أياً كان اسمها أو نوعها ، وسواء كانت مادية أم غير مادية .

وتنصرف الفائدة المادية إلى المال أو مايقوم بالمال ، كان تكون نقوداً سائلة، كما هو الحال في صورتها الغالبة أو هدايا عينية أو سندات وأوراق مالية أو ورقة يانصيب أو أداءات مالية في صورة عملية مصرفية أو شيكاً مسحوباً على مصرف ولو لم يكن له رصيد قائم وقابل للسحب[1] أو كان

= ١٦يونيه ١٩٩٣ ، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية والشرعية ودوائر تأديب المحامين ، س١٥ ، رقم ٥٢ ، ص٢٥٧. وانظر تطبيقاً لإقرار محكمة تمييز دبي وقوع جريمة الرشوة نتيجة تدبير قام فيه من طلب منه الموظف الرشوة بالتعاون مع السلطات الأمنية كي يسهل للأخيرة ضبط الجريمة. حكم محكمة تمييز دبي في الطعن رقم ١٤لسنة ١٩٩٣"جزاء" سابق الإشارة إليه.

(١) وفي هذا المعنى قضي بأنه لما كان الشيك بطبيعته أداة دفع بمجرد الاطلاع ومن شأنه أن يرتب حقوقاً كاملة قبل الساحب ولو لم يكن له رصيد قائم وقابل للسحب ، فإن ماأثبته الحكم المطعون فيه من أن الطاعن قدم شيكين بمبلغ رشوة لموظف بقصد حمله على الإخلال بواجباته في الخدمة العمومية الموكل إليه أداؤها يكفي لتحقيق الركن المادي لجريمة عرض الرشوة ... ذلك بأن وجود أو عدم وجود رصيد قائم وقابل لسحب الشيكين المسلمين على سبيل الرشوة هو ظرف خارج عن جريمة عرض الرشوة ولا مدخل له في اكتمال عناصرها القانونية . نقض مصري ٢٥ابريل ١٩٦٧ ، مجموعة الأحكام ، س١٨ ، رقم ١١٤ ، ص ٥٨١.

مؤجلاً أو موقوفاً صرفه[1] أو أية أشياء أخرى ذات قيمة شخصية للموظف. والوعد بمثل هذه الأشياء هو بدوره عطية مؤجلة.

أما الفائدة غير المادية فتشمل كل اشباع معنوي لحاجة ما لدى الموظف أو وعد بذلك كاستضافته لقضاء الصيف في مسكن على شاطىء البحر يخص صاحب المصلحة أو توظيف أحد أقاربه أو نقله من وظيفة إلى أخرى أو منحه درجة علمية[2] أو المواقعة الجنسية لصاحبة المصلحة[3] أو مساومتها

(١) تطبيقاً لذلك حكم في المملكة العربية السعودية بأن كون الشيك موضوع الرشوة مؤجلاً أو موقوفاً صرفه لا أثر له على قيام الجريمة وتوافر عناصرها. القرار هـ/٢/٤٢ لعام ١٤٠٢هـ في القضية رقم ٣١٤/١/ق لعام ١٤٠٢هـ، جلسة ٨/٣/١٤٠٢هـ ديوان المظالم، الإصدار الجزائي الثالث، ص٢٠٠.

(٢) أمثلة الفائدة المادية والمعنوية الواردة بالمتن مستمد أكثرها من القضاء المقارن، خاصة المصري والإيطالي والبلجيكي والفرنسي. ومن صور الفائدة في القضاء الأخير أيضاً: إبراء الموظف من دين عليه لصاحب المصلحة، والموافقة على منحه ائتماناً مصرفياً، أو منحه قرضاً وبيع أشياء له بسعر رمزي منخفض.

(٣) قضي في بلجيكا بأن مجرد رضاء وموافقة صاحبة الحاجة على السماح للموظف بإقامة علاقة جنسية مع خادمتها يمكن أن تقوم به جريمة الرشوة. واعتبر القضاء الفرنسي العلاقات الجنسية مقابلاً في جريمة الرشوة. وبهذا حكم أيضا القضاء المصري والألماني والغاني. راجع في ذلك مؤلفنا سابق الذكر، ص٨٧-٨٨. والفقه الأمريكي على أن الفائدة في جريمة الرشوة تشمل أية أشياء، مادية أو غير مادية، ذات قيمة للمرتشي، ومن بينها العلاقات الجنسية. وفي قضية Scott V. State قضت محكمة Ohio بتوافر جريمة الرشوة في حق موظف أبلغ سيدة بأنه سيساعد والدها في الحصول على ترخيص لبيع المشروبات الروحية إذا ذهبت معه في رحلة أو جولة قصيرة وأشعرته بأنه يقضي معها وقتاً ممتعاً تأسيساً على أن العلاقات الجنسية تعتبر "شيئاً ذا قيمة" في مفهوم قانون الرشوة المحلي. مشار إلى هذا الحكم لدى:
David Lanhan, Bribery and Corruption, in " Criminal Law. Essay in Honour of J C. Smith " , Edited by Peter Smith LLB, London,Butterworths, 1987, P.94.

في هذا الشان نظير القيام بالعمل[1].

(١) انظر تطبيقاً لذلك: حكم المحكمة الاتحادية العليا في ٣١ مايو ١٩٨٩ الطعنان رقما ١٩و٢٠ سنة ١١ق، ١٩٨٩، مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الجزائية ص١٢ والتي قضت به وكانت الواقعة حسبما حصلها الحكم المطعون مما له أصله الثابت في الأوراق أن الطاعن تعرف على المشتكية عند نظر محكمة أول درجة المدنية بالعين لقضية مقامة ضد أخيها كان يقوم بدور الترجمة فيها، وعندما نبهته إلى أن ترجمته لم تكن صحيحة وعدها بأنه سوف يقوم بالترجمة الحقيقية مقابل موافقتها على الزنا بها ورغم اعتراضها وامتناعها استمر في الإلحاح في طلبه كلما التقى بها في المحكمة واستمر عرض مساعدته لها حتى بعدالحكم ضد أخيها ابتدائياً واستئنافياً وأن ذلك تمثل في ذهابه معها إلى أحد المحامين بالعين ووعدها بالتوسط لها لأخذ زملائه المترجمين في المحكمة الاتحادية العليا وحتى يصل إلى هدفه المتمثل في الحصول لنفسه على مزية وهي التمتع جنسياً بالمجني عليها كان يراودها ويفاوضها على ذلك مرة في أحد مكاتب المحكمة الاتحادية بالعين ومرة في محل تجارتها الذي حاول الاختلاء بها في غرفة تابعة له ومرة عند ذهابه إلى منزلها يوم القبض عليه بعد التواعد على ذلك، لما كان ذلك فإن الواقعة المتقدمة ينطبق عليها عموم نص المادة ١/٢٣٤ع المتقدم الإشارة إليها وتتوافر فيها جميع أركان جريمة الرشوة حسبما تتطلبها تلك المادة وإذ كيفتها النيابة بالوصف الذي قدمت الطاعن به للمحاكمة وأقرت المحكمة هذا التكييف وعاقبت الطاعن على هذا الأساس فإنها تكون قد أصابت صحيح القانون".

وتثير العلاقات الجنسية نقاشاً حول ما إذا كانت تعتبر بالنسبة للموظف فائدة بالمعنى المقصود في الرشوة أم لا. إذ يرى بعض الفقه الإيطالي " أن الموظف الذي يواقع امرأة ليقضي لها حاجتها من أعمال وظيفته لا يجني من ذلك فائدة قابلة للتقييم من الناحية المادية حتى يقال أنه يعتبر بسببها مرتشياً ، لاسيما وقد تعود عليه تلك المواقعة بضرر لابفائدة كما لو أصابه من جرائها مرض تناسلي أو مرض نقص المناعة المكتسب (الإيدز) مثلاً ، فضلاً عن أن المواقعة لوصح اعتبارها فائدة من ناحية المتعة الجنسية فهي على هذا الوصف فائدة مشتركة بين المرأه والرجل على حد سواء فلا تتحقق بها تلك الفائدة المنفردة التي تعود على جانب واحد هو جانب الموظف والتي يفهم من طبيعة الأمور أنها المقصودة في تحقيق معنى الرشوة=

ولاعبرة باسم الفائدة المعطاة أو التي بذل الوعد بشانها ولابالشكل الذي تقدم به إلى الموظف المرتشي[1]. فقد تقدم إليه كثمن للعمل على نحو ظاهر ، وقد تكون في صورة مستترة أو مقنعة ، كما لو قدمت إليه كهدية إخفاء لقصد الرشوة أو تادباً معه، أو في صورة عقد يبيع فيه صاحب المصلحة للموظف شيئاً كبير القيمة بثمن بخس أو يشتري منه شيئاً ضئيل القيمة بثمن مُبالغ فيه.

ويتجه جانب من الفقه الإيطالي والمصري الى اشتراط توافر قدر من التناسب الموضوعي أو المادي بين الفائدة وبين العمل الذي قدمت من أجله ، بمعنى أن يكون للعطية أو الوعد بها قيمة وفاعلية في التاثير على الموظف وتحريكه للقيام بالعمل المطلوب ، وأساس ذلك لديهم أن الفائدة في الرشوة يتعين أن يكون لها صفة الجزاء أو المقابل، أي أن تقدم من الراشي أو تطلب أو تؤخذ من قبل المرتشي كمقابل للعمل أو الامتناع المطلوب . وهى صفة تنتفي

= وعلى ذلك فإن المواقعة الجنسية ، كما يرى أنصار هذا الرأي ، لا تحقق الرشوة في حق الموظف إلا إذا كانت قابلة لأن تقدر لها قيمة مادية كما لو حدثت من الموظف مع عاهرة أعفته من الثمن الذي كان عليه أن يدفعه نظير مواقعتها. مشار إليه لدى : د. رمسيس بهنام، القسم الخاص في قانون العقوبات، الاسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٧٤ ، ص١٤٣-١٤٤. وهذا الرأي يستبعد الأخذ به في التشريع الإماراتي لشمول الفائدة فيه ، على ما تصرح المادة ٢٣٤ ع ، عطية أو مزية " من أي نوع " تحقيقاً لحكمة التجريم في الرشوة بأن يعاقب اتجار الموظف بوظيفته أياً كان المقابل الذي يناله من وراء هذا الاتجار.

(١) تطبيقاً لذلك قضي في المملكة العربية السعودية بأن الركن المادي في جريمة ارتشاء موظف عام يتمثل في طلبه العطية أياً كان المسمى الذي يتعلل به لأخذها (إكرامية) وبعد إصراره على طلبها. القرار رقم هـ/١/٦٠ لعام١٤٠٢هـ الإصدار الجزائي الثالث لديوان المظالم ،ص٨٨.

إن انتفى التناسب الموضوعي بين الفائدة وبين العمل الذي قدمت من أجله[1].

واستناداً الى هذا الرأي فإن عطايا المجاملة والهدايا العرضية زهيدة القيمة التي تقدم إلى الموظف على سبيل الحفاوة ، كالمشروبات والسجائر ، لاتعد من قبيل العطايا ، ولا يغير من طبيعتها - بحسب بعض الآراء - أن يطلب من الموظف أداء خدمة معينة لمقدمها . كما لاتعد من قبيل العطايا أيضاً في مجال الرشوة العطايا الشرفية والتقديرية التي تقدم كرمز لمشاعر التقدير تجاه الموظف كالميداليات والكتب.

وليس في قانون العقوبات الاتحادي ، ما يوجب هذا التناسب. فكل فائدة مهما بلغت ضآلتها ، تصلح في نظر القانون لأن تتحقق بها جريمة الرشوة مادام سبب تقديمها هو أن تكون مقابلاً لعمل أو امتناع عن عمل يدخل أو لايدخل في أعمال الوظيفة أو للإخلال بواجباتها ، اذ لايشترط القانون في الفائدة أن تكون متناسبة مع العمل بل أن تكون مقابلاً وجزاءً له.

---

(١) للتفصيل راجع مؤلفنا سالف الذكر ، ص٨٩ ومابعدها . وتأييداً لتبني الرأي المشار اليه يقرر بعض الفقه المصري أن " العبرة في الهدية أو العطية بما يكون من شانه أن يبلغ في التأثير على الموظف حد تحريك نيته أو تغييرها ، ومعنى ذلك أنه لابد من توافر صلة التناسب بين العطية أو الوعد بها وبين العمل أو الامتناع المطلوب من الموظف حتى يقال أن كلاً منهما ثمن للآخر ويتحقق بذلك المعنى الذي قصده القانون بالتجريم وعبر عنه بلام التعليل في مواد الرشوة حين أردف عبارة " طلب لنفسه أو لغيره أو قبل أو أخذ وعدا أو عطية "بعبارة " لأداء عمل " أو " للامتناع عن عمل من أعمال وظيفته أو للإخلال بواجباتها " فحيث لا يوجد تناسب بين العطية أو الوعد وبين العمل أو الامتناع ، لايمكن القول بأن العطية أو الوعد كانا مقابلاً للعمل أو الامتناع أو أنهما يرتبطان بهذين ارتباط العلة بالمعلول". انظر : د. رمسيس بهنام، المرجع السابق ص ١٤٤-١٤٥.

ويدعم ذلك أن الرشوة ليست عقداً بين الراشي والمرتشي حتى يشترط لقيامها وجوب توافر قدر من التناسب الموضوعي بين التزامات طرفيها. كما أن خطورتها لا تتمثل في مقدار مايدفع للموظف بل في تأثيرها على سمعه الإدارة العامة وثقة المواطنين فيها. لذلك تتحقق الجريمة في نظر القانون مهما انخفضت قيمة الفائدة مادامت مقابلاً للعمل المطلوب. ومع ذلك فقد تتخلف الجريمة عند ضآلة العطية المعطاة أو الموعود بها إذا كانت لغير سبب الرشوة ، كما لو كانت مما جرى العرف على تقديمه من قبيل المجاملة المألوفة بين الناس.

والقول بتوافر صفة المقابل في الوعد أو العطية متروك لتقدير محكمة الموضوع تبعاً لظروف كل واقعة على حدة. وللمحكمة أن تستند إلى ضآلة العطية أو الفائدة للتدليل على أنها لم تكن مقابلاً للعمل الوظيفي[1].

ولا شك في أن العطية أو الفائدة تتجرد من صفة المقابل للعمل الوظيفي إذا كان للموظف حق في تلقيها، وهي تكون كذلك إذا توافر السبب الكافي الذي يبرر حصوله عليها ولم يكن لهذا السبب علاقة بالعمل أو الامتناع أو الإخلال المطلوب ، كأن يكون ماتلقاه الموظف هدية في مناسبة عائلية

---

(١) ومن قبل المحكمة يجوز للنيابة العامة طبقاً لمبدأ حرية النيابة العامة في تقدير ملاءمة رفع الدعوى الجنائية أن تصدر أمراً بأن لا وجه لإقامة الدعوى لعدم الأهمية أو اكتفاءً بالجزاء الإداري عند ضآلة العطية.

راجع مثلاً لذلك حالة أحالت فيها النيابة العامة في مصر متهماً بتقاضي مبلغ ضئيل على سبيل الرشوة (قرشان) إلى الجهة الإدارية لمجازاته إدارياً استناداً الى ضآلة وتفاهة مبلغ الرشوة : حكم المحكمة الإدارية العليا في ٤يناير سنة ١٩٦٤ ، مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات . نوفمبر ١٩٥٥ - نوفمبر ١٩٦٥ ، ج١ ،رقم ٣٢٣،ص٣٢٢.

وتبررها اعتبارات القرابة أو الصداقة بينه وبين صاحب الحاجة دون أن تكون مقابلاً للعمل الوظيفي المطلوب، أو إيجاراً شهرياً مستحقاً لعين يستاجرها صاحب الحاجة من الموظف ، أو رداً لدين محقق مستحق السداد. فإن كان الدين مؤجلاً وأسقط صاحب الحاجة الأجل لمصلحة الموظف كان تنازله عن الأجل من قبيل الفائدة بالمعنى الذي تتحقق به جريمة الرشوة.

ومقتضى ماتقدم أنه يلزم أن تكون الفائدة التي يتلقاها الموظف غير مستحقه له. وهى تكون كذلك إن لم يكن له حق في تلقيها أو لم يكن هناك واجب قانوني يلزم صاحب الحاجة بتقديمها.

ومتى كانت الفائدة مقابلاً للعمل الوظيفي لا حق للموظف في تلقيه فلا أهمية بعد ذلك لمشروعيتها أو عدم مشروعيتها في ذاتها. إذ تتحقق الرشوة حتى لو كانت الفائدة في ذاتها غير مشروعة ، كان يطلب الموظف أو يقبل قطعة من المواد المخدرة أو شيئاً مسروقاً كمقابل للعمل أو الامتناع ، أو أن يطلب من صاحب الحاجة تهيئة لقاء جنسي له ، أو أن تسمح صاحبة الحاجة للموظف بإتيان أفعال مخلة بالحياء على جسمها[1]، وقد قضي في مصر بأنه لا يغير من وصف فعل المتهم بأنه ارتشاء أن يكون ما قبضه من مال حرام جزء مما استولى عليه الراشي بغير حق من مال الدولة.

ويستوي لتحقق إجرام المرتشي أن تكون العطية أو الوعد بها لصالحه هو مباشرة أو بالواسطة ، أو تكون لصالح غيره كزوجة أو ابنة. فإن كان تحديد الغير قد تم بناء على طلبه فلا شبهة في قيام جريمة الرشوة في حقه.

---

(١) د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص ، القاهرة ، دار النهضة العربية ،١٩٨٦ ،ص٤٢.

اما إن قدمت إلى الغير دون علمه فـلا تقوم جريمة الرشوة في حقه إلا إذا علم بمن قدمت إليه ووافق على احتفاظه بها كمقابل لأداء ما طلب منه.

وإذا ظل جاهلاً بأمر تقديم الفـائدة إلى الغير أو علم به ولم يوافق على أن يحتـفظ بها من تلقاها ، كـأن قام بردها إلى الراشي إن كانت قـابلة للرد ، فلا سبيل إلى مؤاخذته عن جريمة الرشوة لأن قبول من تلقى الفائدة لا يغني عن علم الموظف وقبوله هو نفسه[1] . وإذا سكت بعد علمه بتقديم الفائدة إلى الغير تعين لمؤاخـذته أن يقوم الدليل المقـنع لدى القاضي بوجـود ارتباط بين عـبث الموظف بأعمال الوظيفة وبين تقديم الفائدة للغير.

أما المستفيد نـفسه فقد قيل[2] بشأن تحديد مركزه القـانوني أن لا مسئولية عليه وفق قـانون العقوبات الاتحـادي سواء انتفى لديه العلم إطلاقـاً بوجود الرابطة بين مـا أعطى له وما قـام به المرتشي وذلك لانعـدام القصـد الجنائي لديه ، أو سواء كان على علم بوجود هذا الرابطة. إذ لم ينص المشرع الاتحـادي على حكم خاص لهذه الحالة.

---

(١) ويعبر " الخصاف" في مؤلفه أدب القاضي عن نفس المعنى بقوله " وإذا رشا الطالب ولد القاضي أو كاتبه أو واحداً من أنسبائه على أن يعمل له في إنفاذ الحكم الذي طالب به ، وهو حق له وواجب ، والقاضي لا يعلم بذلك ، فالرجل آثم فيما أتى من ذلك . أما ماحكم به القاضي فهو نافذ جائز لا يرد لأنه غير مرتشي إذ لم يعلم ذلك ولا ارتشى هو بنفسه". انظـــر : أدب القاضـــي لأبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف مع شرح أبي بكر أحمد بن الرازي المعروف بالجصاص ، تحقيق فرحات زيادة ، قسم النشر بالجامعة الأمريكية، القاهرة، ص١١٨ فقره رقم ١٢١.

(٢) قال بهذا : د.حسن ربيع ، الرشوة وفق أحكام قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة ، مجلة الفكر الشرطي ، الشارقة ، سبتمبر ١٩٩٣ ، ص ٢٥٢.

وهذا القول في حاجة إلى تصويب، فقانون العقوبات الاتحادي وإن خلا ، خلافاً لتشريعات عقابية أخرى[1]، من نص خاص يعاقب المستفيد من الرشوة حين لا يكون ممكناً ملاحقته بوصف الشريك ، إلا أنه يحوي نصاً عاماً يخضع له من يتلقى عطية فيحتفظ بها عالماً بسبب تقديمها وكونها مقابلاً وثمناً لما قام به المرتشي هو نص المادة ٤٠٧ عقوبات الخاص بتجريم وعقاب حيازة أو إخفاء الأشياء المتحصلة من جريمة . إذ يجري نص هذه المادة على «أن من حاز أو أخفى أشياء متحصلة من جريمة مع علمه بذلك ودون أن يكون قد اشترك في ارتكابها يعاقب بالعقوبة المقررة للجريمة التي تحصلت منها»[2].

---

(١) تذهب بعض التشريعات ، في تعقبها لأي سلوك يمس نزاهة الوظيفة العامة بالاستفادة من حولها ، إلى مد العقاب إلى المستفيد من الرشوة ولو لم يصدر منه نشاط يصلح لاعتباره شريكاً فيها مقدرة في ذلك أن أخذ المستفيد للعطية أو بقبولها مع العلم بالغرض منها ينطوي في ذاته على استهانة بنزاهة الوظيفة العامة ويتيح فرصة العبث بأعمالها فعمدت إلى تجريم وعقاب مجرد الاستفادة من الرشوة باعتبارها جريمة خاصة. ويتبع هذا النهج عدة تشريعات كقانون العقوبات المصري .(م ١٠٨) ونظام مكافحة الرشوة السعودي الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣٦ في ١٤١٢/١٢/٢٩(م ١١).وقانون العقوبات اليمني الجديد رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤ (م١٥٦).

(٢) ويجري بقية نص المادة على أنه " إذا كان الجاني لايعلم أن الأشياء تحصلت من جريمة ولكنه حصل عليها في ظروف تحمل على الاعتقاد بعدم مشروعية مصدرها تكون العقوبة الحبس مدة لاتزيد على ستة أشهر والغرامة التي لا تجاوز خمسة آلاف درهم أو إحدى هاتين العقوبتين" . ويعفى الجاني من حكم المادة السابقة، كما تنص المادة ٤٠٨ ع اتحادي ، من العقوبة إذا بادر إلى إبلاغ السلطات القضائية أو الإدارية بالجريمة التي تحصلت الأشياء منها وبمرتكبيها قبل الكشف عنها. فإذا حصل الإبلاغ بعد الكشف عن الجريمة جاز للمحكمة إعفاؤه من العقوبة في حالة إذا ما أدى الإبلاغ إلى ضبط الجناة".

وطبقاً لهذا النص يمكن ملاحقه المستفيد من الرشوة ، في الحالة السابقة، بوصفة مخفياً أو حائزاً لأشياء متحصلة من جناية رشوة[1] ويخضع للعقوبة المقررة لها طبقاً لنص المادة السابقة. وهى عقوبة أغلظ من عقوبة الجنحة التي قررها المشرع بالمادة٢٣٧ عقوبات لعارض الرشوة وللوسيط[2] ،

(١) كما يمكن مساءلة المستفيد جنائياً لا عن الاستفادة من الرشوة وإنما على الامتناع عن التبليغ عن الجرائم التي علم بوقوعها طبقاً للمادتين ٣٧ إجراءات جزائية و٢٧٤ ع اتحادي إذا ما كانت الفائدة غير مادية .إذ توجب أولاهما " على كل من علم بوقوع جريمة مما يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى عنها بغير شكوى أو طلب أن يبلغ النيابة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي عنها " وتعاقب ثانيتهما " بغرامة لا تجاوز ألف درهم كل من علم بوقوع جريمة وامتنع عن إبلاغ ذلك إلى السلطات المختصة . ويجوز الإعفاء من هذه العقوبة اذا كان من امتنع عن الإبلاغ زوجاً لمرتكب الجريمة أو من أصوله أو فروعه أو إخوته أو إخوانه أو من هم في منزلة هؤلاء من الأقرباء بحكم المصاهرة ".

(٢) وهي، حسبما تنص المادة ٢٣٧عقوبات الحبس (بين حديه العامين) ، إضافة إلى مصادرة العطية التي عرضت حسبما تقضي بذلك المادة ٢٣٨عقوبات. أما الغرامة المنصوص عليها في المادة الأخيرة. ، فكان ثمة من يرى أنها توقع على عارض الرشوة (د.حسن ربيع : مقالته السابق الإشارة إليها ، ج٢، ص ٢٩٢). وهو رأي أظهرت المحكمة الاتحادية العليا عدم صوابه في حكم حديث لها قضت فيه بأنه" لما كان من المقرر أنه إذا كان النص العقابي واضحاً فإن على القاضي أن يطبقه بحسب ظاهر عباراته وما قد تنصرف إليه من أحوال معينة دون أخرى ، فحكمة التشريع أو روحه أو الهدف منه بحث يثار فحسب عند غموض النص ، حين تبدأ صعوبات التأويل ، والفكرة الأساسية التي ينبغي أن تسيطر على قواعد التأويل الجنائي ، هي كفالة الضمانات اللازمة لاحترام قاعدة أن لاجريمة ولا عقوبة بغير نص ، ووجوب التفسير الضيق لمصلحة المتهم وعدم جواز القياس ضده وإنما جوازه لمصلحته، ولامجال للمسئولية المفترضة في العقاب ، وبالتالي يجب التحرز في تفسير القوانين الجزائية والتزام جانب الدقة في ذلك وعدم تحميل عباراتها فوق ما تحتمل . لما كان ذلك وكان يبين من نص المادة ٢٣٨من قانون العقوبات الاتحادي أنه بدأ بعبارة وجوب الحكم على الجاني في جميع الأحوال المبينة في المواد السابقة بغرامة وتلك الأحوال هي كل موظف عام أو مكلف بخدمة عامة طلب أو قبل لنفسه =

مما يجعل المستفيد اسوأ منهما مركزاً. فلو كان هو البادىء بتحريك المشروع الإجرامي للرشوة بإغرائه الموظف العام على الارتشاء بعرض فائدة ما عليه

=. لأداء عمل أو الامتناع عن عمل إخلالاً بواجبات وظيفته .. م ٢٣٤. أو عقب تمام العمل أو الامتناع عنه م ٢٣٥. أو أداء عمل أو الامتناع عن عمل لايدخل في أعمال وظيفته.. م٢٣٦. وكل من عرض على موظف عام أو مكلف بخدمة عامة ولو لم يقبل منه عرضه ...م٢٣٧. بما مؤداه أن عبارة "الطلب المقبول"جاءت قاصرة على الموظف بصريح عبارات المواد ٢٣٤ . ٢٣٥ . ٢٣٦/...أما عبارة "العرض في المادة" ٢٣٧ فقد جاءت متعلقة بالراشي ، وقد أوجب المشرع في هذه الأحوال الحكم على الموظف العام بالسجن والراشي بالحبس ، وفي مجال تشديد العقوبة فقد نصت المادة٢٣٨ على عقوبة الغرامة وخصتها بمقدار ما طلب أو قبل به فقط ، ولم تورد عبارة من عرض أو وعد به ، كما كان عليه النص في مشروع قانون العقوبات بالمادة ٢٠٩ والذي كان كالآتي " يحكم على الجاني في جميع الأحوال المبينة في المواد السابقة من هذا الفصل بغرامة تساوي ماطلب أو قبل أو عرض أو وعد به..." بما يعني عزوف المشرع عن عقاب الراشي "العارض أو الواعد " بالغرامة وقصرها على الموظف الذي يقوم في جانبه الطلب أو القبول ، إذ لا يتصور أن يكون الطلب أو القبول من جانب الراشي وانما يقوم في جانبه مجرد العرض فقط. بما مؤداه ان عقوبة الغرامة المنصوص عليها في الماده ٢٣٨ يحكم بها على فعل الجاني، ١) بما طلبه،٢)بما قبله وهو ما خصه المشرع بالجاني الموظف. وبذلك فقد أخرج هذا النص من سياق عباراته فعل العرض أو الوعد الذي لا يمكن نسبته إلا إلى عارض الرشوة أو الواعد بها، ومن ثم فإن النتيجة المنطقية والمعقولة في هذا الشأن هو أن قصد الشارع وإرادته انصرفت إلى إخراج عارض الرشوة أو الواعد بها من مجال التأثيم بعقوبة الغرامة. ولا ينال من ذلك ماورد في صدر المادة ٢٣٨من عبارة في "جميع الأحوال المبينة في المواد السابقة" فإن ذلك ينصرف الى بيان الأحوال التي تقوم بها جريمة الرشوة بالنص على عقاب المرتشي بالسجن والراشي والمتوسط بالحبس، ثم خصت المرتشي فقط بإضافة عقوبة الغرامة حين قصرتها على حالتي الطلب والقبول، ثم عممت الحكم بمصادرة العطية إذا ماقبلت من المرتشي أو عرضت عليه من الراشي. لما كان ذلك وإذ كانت الواقعة المطروحة إنما تتعلق بالمتهم -المطعون ضده- كراشي لم يقبل عرضه فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى عليه بالغرامة إلى جانب عقوبة الحبس يكون قد خالف القانون ويتعين نقضه جزئياً بهذا الشأن . وتصحيحه بإلغاء ماقضى به من تغريم=

لم يقبلهـا الأخير أو إن كان وسـيطاً يسعى بخطوات إيجابية لإتمـام مشروع الرشوة بين صاحب الحاجة والموظف العام لتعرض لعقوبة أخف على الرغم من أن مسلكه في هاتين الحالتين أكثر خطراً على الوظيفة العامة ونزاهتها من مسلكه كمجرد مستفيد، وأولى منه بتشديد العقاب.

٢٠ (ج)- الغرض من الرشوة (العمل سبب أو مقابل الفائدة):

لايكفي لقيام الركن المادي في جريمة الرشوة أن يطلب أو يقبل الموظف أو المكلف بخدمة عامـة من صاحب المصلحة فائدة غير مسـتحقة له، وإنما يلزم فضلاً عن ذلك أن يقوم ارتباط غائي بين الفـائدة وبين العمل المراد كمقابل لها، بمعنى أنه يلزم أن يكون مقـابل أو سبب العطية أو الوعد بها هو القـيام بعمل أو الامتناع عن عـمل إخلالاً بواجبات الوظيـفة أوالقيـام بالواجب الوظيفي أو القيام بعمل أو الامتناع عـن عمل لايدخل في الاختصاص القانوني للوظيفة.

ومجـرد قيـام هذا الارتباط الغائي يـكفي لقيام الركن المـادي في جريمة الرشوة بغض النـظر عن تنفيذ الموظف أو عـدم تنفيذه الـعمل المراد كمـقابل للفائدة. فليس من عناصر هذا الركن التنفيذ الفعلي لهذا العمل. لذا لا يؤثر في قيامه ألا يحقق الموظف لصاحب الحاجة العمل أو الامتناع الذي ينتظره أو أن يتصرف على عكس ما يحقق مصلحته مؤثراً التزام حكم القانون في عمله ولا أهمـية لما إذا كـان عدم القـيام بالعـمل المراد راجعـاً إلى إرادة الموظف أو إلى ظروف خارجة عن إرادته، فنكوصه عن تنفيذ هذا العـمل لا يعفيه من العقاب لحصوله لاحـقاً على تمام الإتجار بالوظيفة بمجرد طلب أو قـبول العطية أو الوعد بهـا. بل إن الجريمة تقع حتى ولو كـان الموظف يقصد من البـدايه عدم

= المطعون ضده." حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم ١٣٠ لسنة ١٦ القضائية، جلسه ٢٦ أكتوبر ١٩٩٤، مجلة العدالة، وزارة العدل، أبوظبي. ع ٨١، س٢٢، يناير ١٩٩٥، ص١٠٢-١٠٤.

القيام بالعمل الذي طلب أو قبل العطية أو الوعد في مقابله[1]. وعلى ذلك ورد النص صراحه في المادة ٢٣٤ من ق. العقوبات الاتحادي بما قررته في عجزها من سريان حكمها «ولو كان الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة يقصد عدم أداء العمل أو الامتناع عنه».

٢١- صور العمل المطلوب كمقابل للفائدة:

يتمثل الغرض من الرشوة أو سببها ، في قانون العقوبات الاتحادي ، في إحدى صور سلوكية ثلاث تقع من الموظف العام (أو المكلف بخدمة عامة) ، ورد النص على اثنين منها في المادة ٢٣٤ ، ورسمت المادة ٢٣٦ الصورة الأخيرة . وأولى هذه الصور: هي الرشوة للإخلال بواجبات الوظيفة ، وعبر عنها المشرع الاتحادي بطلب الموظف أو قبوله عطية أو وعد بها «لأداء عمل أو للامتناع عن عمل إخلالاً بواجبات وظيفته» وثانيها: يتمثل في القيام بعمل وظيفي مشروع ، إيجابياً كان هذا العمل أم مجرد امتناع ، وعبر عنه المشرع بالعمل الذي يكون أداؤه أو الامتناع عنه "واجباً" . وبين الصورتين تدرج من حيث الحد الأقصى للعقاب .

أما الصورة الثالثة والأخيرة: فتتعلق بالرشوة للقيام بعمل خارج نطاق الاختصاص الوظيفي ، وعبر عنها المشرع بطلب الموظف أو قبوله عطية أو وعداً بها «لأداء عمل أو للامتناع عن عمل لا يدخل في أعمال

(١) تعبيراً عن ذلك قضت محكمة أبوظبي الاتحادية الاستئنافية بأن جريمة الرشوة " تقع وتتم بمجرد الطلب أو القبول أو الأخذ دون أن يعلق تمامها على تنفيذ المقابل وأكثر من ذلك فإن الجريمة تقع وتنتهي ولو كان طالب العطية يقصد منذ البداية عدم القيام بالعمل أو الامتناع الذي ارتكبت الرشوة من أجله ، إذ العبرة في هذه الحالة بالإرادة الظاهرة له لا بالإرادة الباطنة" حكم محكمة أبوظبي الاتحادية الاستئنافية، جلسة ١٩٩٣/١٠/٣١. سابق الإشارة إليه .

وظيفته». وبهذه الصورة الأخيرة لم تعد أحكام الرشوة في قانون العقوبات الاتحادي مقصورة على الموظف الذي يتجر بعمل يدخل بالفعل في نطاق نشاطه الوظيفي، بل تمتد إلى الموظف الذي يتجر بعمل يخرج كلية عن الاختصاص القانوني للوظيفة رغبة من المشرع في إسدال ستار الحماية الجنائية، لا على أعمال الوظيفة فحسب، وإنما على الوظيفة العامة ذاتها لمواجهة اتجار الموظف بها أو استغلاله لها.

والغرض من الرشوة على ما رسمت المادتان ٢٣٦،٢٣٤ عقوبات اتحادي الصور التي يتخذها، تتمثل إذن في الصور الثلاث التالية:

- أداء عمل أو الامتناع عن عمل إخلالاً بواجبات الوظيفة (الإخلال بواجبات الوظيفة).
- القيام بالواجب الوظيفي.
- أداء عمل أو الامتناع عن عمل لايدخل في أعمال الوظيفة.

٢٢- (الصورة الأولى) أداء عمل أو الامتناع عن عمل إخلالاً بواجبات الوظيفة:

يتمتع الموظف العام وفقاً لقوانين الخدمة المدنية بحقوق متعددة ومختلفة. وفي مقابل ذلك يفرض عليه القانون مجموعة من الواجبات يلتزم بمراعاتها وعدم الخروج على مقتضياتها. ويستهدف تقرير هذه الواجبات، على تنوعها، ضبط سلوك شاغلي الوظائف العامة وبيان أوضاع مباشرتها والكيفية المثلى لأداء أعمالها. ومن المتعذر، من وجهة نظر الدراسة المقارنة، صياغة تعريف عام أو إجراء حصر شامل لجميع الواجبات الوظيفية. والعلة في ذلك أن هذه الواجبات تستعصي على الحصر نظراً لسرعة تغير الحياة الإدارية، واختلاف مدى ومضمون الواجبات الوظيفية باختلاف ظروف

الزمان والمكان وطبيعة العمل ، فضلاً عن أنها لاتشمل فحسب الواجبات المحددة في القوانين واللوائح المختلفة وأوامر التكليف الخاصة بالمكلفين بالخدمة العامة ، كالمحكمين والخبراء ، بل أيضاً مجموعة الواجبات التي تفرضها المصلحة العامة المستوحاة من روح النصوص الخاصة بالوظيفة أو الخدمة. لذا ، فمن المسلم به أن الأصل العام في واجبات الوظيفة هو عدم تحديدها على سبيل الحصر ، وأن ما تورده النصوص القانونية منها ليس مذكوراً إلا على سبيل المثال.

وانعكاساً لتعذر دخول واجبات الوظيفة تحت حصر أو تحديد ، يغدو الإخلال بهذه الواجبات ، كغرض من أغراض الرشوة ، تعبيراً مطلقاً عاماً ، يتسع مدلوله كما تقول محكمة النقض المصرية لاستيعاب كل عمل يخالف هذه الواجبات أو الامتناع عن عمل تفرضه ، أو على وجه الإجمال كل عبث يمس الأعمال التي يقوم بها الموظف ، وكل تصرف أو سلوك ينتسب إلى هذه الأعمال ويعد واجباً من واجبات أدائها على الوجه السوي الذي يكفل لها دائماً أن تجري على سنن قويم. فكل انحراف عن واجب من هذه الواجبات أو امتناع عن القيام به يجري عليه وصف الإخلال بواجبات الوظيفة الذي عناه المشرع في النص . فمخالفة واجبات الوظيفة ذات مدلول أوسع من أعمال الوظيفة بحيث تشمل أمانة الوظيفة ذاتها[1].

وعلى هذا التفسير الواسع لمدلول الإخلال بواجبات الوظيفة أكدت محكمة تمييز دبي والمحكمة الاتحادية العليا ، متبعتين في ذلك قضاء محكمة النقض المصرية في هذا الصدد. فقضت أولاهما بأن المشرع استهدف من النص في

---

(١) نقض مصري ٧ أكتوبر ١٩٥٨ ، مجموعة الأحكام ،س٩،رقم١٩٨٧، ص ٧٦٦ ، أول إبريل ١٩٦٨، س١٩، رقم ٧٤ ،ص٩٣٤.

المادة ٢٣٤ من ق.ع الاتحادي على مخالفة واجبات الوظيفة - كصورة من صور الرشوة - مدلولاً عاماً أوسع من أعمال الوظيفة التي تنص عليها القوانين واللوائح والتعليمات بحيث يشمل أمانة الوظيفة ذاتها، فكل انحراف عن واجب من تلك الواجبات أو امتناع عن القيام به يجري عليه وصف الإخلال بواجبات الوظيفة الذي عناه المشرع في النص. فإذا طلب الموظف العام جعلاً عن هذا الإخلال كان فعله طلب رشوة[1].

وقضت المحكمة الاتحادية العليا بأن المشرع في المادة ٢٣٤ من قانون العقوبات الاتحادي رقم ٣لسنه ١٩٨٧ التي عددت صور الرشوة قد نص على الإخلال بواجبات الوظيفة كغرض من أغراض الرشوة وقد جاء التعبير بالإخلال بواجبات الوظيفة مطلقاً من القيد بحيث يتسع مدلوله لاستيعاب كل عبث يمس الأعمال التي يقوم بها الموظف، وكل تصرف أو سلوك ينسب إلى هذه الأعمال ويعد من واجبات أدائها على الوجه السوي الذي يكفل لها دائماً أن تجري على سنن قويم، وقد استهدف المشرع من النص على مخالفة واجبات الوظيفة كصورة من صور الرشوة مدلولاً عاماً أوسع من أعمال الوظيفة التي تنص عليها القوانين واللوائح والتعليمات بحيث تشمل أمانة الوظيفة ذاتها، فكل انحراف عن واجب من الواجبات أو امتناع عن القيام به يجري عليه وصف الإخلال بواجبات الوظيفة الذي عناه الشارع في النص، فإذا تعاطى الموظف جعلاً على هذا الإخلال كان فعله ارتشاءً[2].

ويتحقق الإخلال بواجبات الوظيفة، مفسراً على النحو السابق، كلما

(١) حكم محكمة التمييز بدبي في الطعن رقم ١٤لسنه ١٩٩٣ "جزاء"، سابق الإشارة إليه.

(٢) حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم ١٧٣لسنه ١٥ق.ع جزائي، جلسة ٢مارس ١٩٩٤، غير منشور . وكذلك حكمها في الطعن رقم ٢لسنه ١٨ق.جلسة٢٦يونيو١٩٩٦، مجلة العدالة، وزارة العدل، أبوظبي س٢٤ العدد ٩٠ابريل١٩٩٧، ص٧٩-٨٠.

أدى الموظف عملاً غير مشروع لكونه غير حق ، أو امتنع أو تراخى عن تأدية ما هو حق ومفروض بمقتضى الوظيفة ، أو أساء استعمال سلطته التقديرية حيث يخوله القانون هذه السلطة، أو تجاوز قواعد الاختصاص ، أو أتى مسلكاً ينطوي على إخلال بواجب الأمانة الذي تفرضه روح الوظيفة العامة . فهو يشمل من ثم :

٢٣ (١) - أداء عمل غير حق:

أي عملاً مخالفاً للقوانين واللوائح والتعليمات الإدارية التي تحكم النشاط الوظيفي وتعين أسلوب وكيفية أدائه. فهو، بعبارة ثانية، عمل يتوافر للموظف صفة في مباشرته ولكن لايجب عليه تنفيذه لمخالفته لواجبات الوظيفة. ومن قبيل الرشوة لأداء عمل غير حق منح رخصة استغلال أو تجارة لشخص دون اتباع الإجراءات والآجال العادية مقابل مبلغ من المال، وتقديم دراسة ملف لاحق على ملفات سابقة مقابل عطية. وقبول مدير الجهة الحكومية المختصة بصرف قيمة وثائق مالية نسبة مئوية من هذه القيمة نظير صرفها على خلاف القواعد المقررة[1] . وقد حكم بتوافر الجريمة في حق مراقب جمركي بأحد الموانىء طلب مبلغاً من المال للإفراج عن بضائع على وجه غير قانوني[2] ، وفي حق مفتش بإحدى البلديات تقاضي مبلغاً من أحد

---

(١) القرار هـ/١/٩٣ لعام ١٤٠١ الصادر عن ديوان المظالم بالمملكة العربية السعودية في القضية رقم ١/٢٠٥/ق لعام ١٤٠١هـ جلسة ١٤٠١/٨/١٩هـ. المجموعة الجزائية، الإصدار الجزائي الثاني ، ص٣٢٧.

(٢) انظر قرار ديوان المظالم بالمملكة العربية السعودية رقم هـ/١٣/٢/لسنة١٤٠١هـ في القضيةرقم ١/٤٣٨/ق لعام ١٤٠١ هـ جلسة ١٤٠١/١/١١هـ مجموعة الأحكام والقرارات التي اشتملت عليها القرارات الصادرة عن دوائر هيئة الحكم ، المجموعة الجزائية، الإصدار الجزائي الثاني، ٣٨٣.

المواطنين لإعادة فتح محله الذي سبق أن قام بإغلاقه[1].

٢٤ (٢) - الامتناع بغير حق عن أداء عمل تحتم واجبات الوظيفة على الموظف أداؤه :

ويتحقق ذلك بتقاعس الموظف واحجامه عن أداء عمل يدخل في الاختصاص القانوني للوظيفة التي يمارسها ، سواء كان القانون يلزمه به أم يخوله سلطة تقديرية في القيام أو عدم القيام به. ولا يلزم لتحقق الامتناع الإحجام التام والقاطع عن أداء العمل الوظيفي، بل يكفي لتوافره مجرد التأخير والتراخي في أداء العمل خلال الوقت المحدد له. فإن لم يكن للعمل ميعاد محدد عد من قبيل التأخير في أدائه عدم القيام به في الوقت الملائم لتحقيق الغاية منه وترتيب آثاره،حتى لو لم يترتب على التأخير بطلان العمل.

وليس لطبيعة العمل محل الامتناع أو للصورة التي يتخذها من أهمية في قيام جريمة الرشوة مادام العمل الذي امتنع الموظف عن أدائه أو تاخر في تنفيذه مما يدخل في مجال اختصاصه الوظيفي ، فيستوي أن يكون الامتناع شفوياً أو كتابياً أو أن يتخذ شكل العمل التنفيذي ، ولا أهميه لما إذا كان يشكل أو لا يشكل في ذاته جريمة.

ومن قبيل ارتشاء الموظف للامتناع كلية عن القيام بالأعمال التي تفرضها عليه مقتضيات وظيفته امتناع شرطي المرور عن تحرير مخالفة

---

(١) انظر قرار ديوان المظالم بالمملكة العربية السعودية رقم هـ/٢/١٣٢ لعام ١٤٠١هـ في القضية رقم ١٢٤/١/ق لعام ١٤٠١هـ جلسة ١٤٠١/٩/٦هـ، المرجع السابق ص٣٩٩ .

مرورية كان عليه تحريرها نظير مبلغ من المال تلقاه من المخالف[1]، وقبول طبيب بمستشفى حكومي مالاً للامتناع عن إثبات بعض إصابات المجني عليه في تقريره، وقبول ضابط في الشرطة مبلغاً للامتناع عن تحرير محضر بجريمة وقعت، وامتناع ساعي البريد عن تسلبم رسالة (أو تاخيره) في تسليمها إلى من وجهت إليه بناءً على طلب من قدم له عطية. وقضى في كوت دي فوار (ساحل العاج) بتوافر جريمة الرشوة في حق ضابط شرطة وعد بعدم إبلاغ رئاسته بالمعلومات التي توافرت لديه عن مجرم يطلب الانتربول القبض عليه، وكذا في حق قائد درك طلب من والد أحد المجرمين مبلغاً من المال للامتناع عن تحرير محضر بجريمة ابنه[2]. وقضي في المملكة العربية السعودية بتوافر جريمة الرشوة في حق مراقب صيانة بمشروع مياه

---

(١) انظر : قرار ديوان المظالم بالمملكة العربية السعودية رقم هـ/١/١٥ لعام ١٤٠١هـ في القضية رقم ١/٦٤٣/ق لعام ١٤٠٠هـ جلسة ١٤٠١/١٣/١٣هـ، الإصدار الجزائي الثاني، سالف الإشارة إليه، ص٣٠٠. كما قضت أيضاً دوائر الحكم بديوان المظالم السعودي بتوافر جريمة الرشوة في حق طبيب بيطري مختص بحكم وظيفته بالبلدية بالكشف على ما يتم ذبحه في المسلخ التابع للبلدية وتقرير صلاحيته أو فساده وإتلافه في الحالة الأخيرة، طلب مبلغاً من المال من أحد الجزارين للإخلال بواجبات وظيفته بالتغاضي عن ذبائحه الغير صالحة وعدم إتلافها (قرار رقم هـ/١/٦٣ لعام ١٤٠١هـ الصادر في القضية رقم ١/١٢٦/ق لعام ١٤٠١هـ بجلسة ١٤٠١/٦/٣٠هـ الإصدار الجزائي الثاني لديوان المظالم، سالف الإشارة إليه، ص٣١٢) وكذا في حق مدقق حسابات بوزاره المعارف يتصل عمله بمراجعة مستحقات المؤسسات التي تقوم بمشروعات خاصة للوزارة طلب وأخذ عطية للإخلال بواجبات وظيفته وذلك بالتجاوز عن خطأ وقعت فيه إحدى المؤسسات الخاصة في تنفيذ عقد مبرم بينها وبين الوزارة التي يعمل بها (قرار رقم هـ/١/١٣٣ لعام ١٤٠١هـ في القضية رقم ١/٦٩٦/ق لعام ١٤٠١هـ جلسة ١٤٠١/١٢/٢٩هـ، بنفس الإصدار الجزائي، المشار إليه سابقاً، ص٣٦٤).

(٢) راجع تفصيلات هذه الأحكام بمؤلفنا سابق الإشارة إليه، ص ١٢٩

العاصمة طلب مبلغاً من المال من أحد أصحاب المباني في سبيل تغاضيه عن أعمال وظيفته بعدم الإبلاغ عن تلفيات توصيله المياه[1]، وفي حق مساح بوزارة الأشغال مختص بحكم وظيفته بالكشف على الدور التي يتم استئجارها بمعرفة المصالح الحكومية لقياسها وتحديد مدى صلاحيتها طلب من صاحب دار مراد استئجارها مبلغاً من المال للتقرير في الأوراق بأن الدار مستوفاة والتغاضي عما بها من نواقص[3]. وقضي في مصر بتوافر جريمة الرشوة في حق ضابط بمصلحة السجون طلب وأخذ نقوداً من مسجون يجمعها له من زملائه المساجين مقابل التغاضي عن ضبط مايرتكبه المساجين الذين يشرف عليهم من مخالفات تتمثل في الاتجار بالدخان والشاي والجواهر المخدرة[4].

(١)،(٢) انظر على التوالي قرار ديوان المظالم رقم هـ/٦٠ لعام ١٤٠٢هـ، ورقم هـ/١/٦٧ لعام ١٤٠٢هـ، الإصدار الجزائي الثالث لديوان المظالم، سابق الإشارة إليه، ص ٨٦ ـ ٩٢.

(٣) المرجع السابق.

(٤) نقض مصري ١٣يونيو ١٩٦١، مجموعة الأحكام، س١٢، رقم ١٢٤، ص٦٩٨. وفي نفس المعنى قضي بأنه إذا كان عمل المتهم هو تلقي الخطابات الواردة وتوزيعها على الأقلام المختصة وأن الشكوى التي دارت عليها الواقعة قد سلمت إليه بسبب وظيفته فاستبقاها لديه وحملها إلى التاجر المشكو في حقه وطلب منه مبلغ الرشوة نظير عدم إرسالها إلى المختصين وإتلافها فإنه يرتكب بذلك جريمة الرشوة،(س١٤ ،رقم ١٢، ص٩٤). كما قضي بتوافر الرشوة في حق مدرس بمدرسة ابتدائية زعم لصاحبي مصنع أحذية أنه المشرف على مدارس محو الأمية وقام بامتحان خمس وأربعين عاملاً من بينهم وطلب وأخذ من صاحبي المصنع نقوداً نظير تغاضيه عن تحرير محاضر للعمال المتخلفين عن قسم محو الأمية. (نقض مصري ٢٩ مارس ١٩٦٦، مجموعة الأحكام، س١٧، رقم ٨٠، ص٤٠٦) كما قضي بأن امتناع الموظف أو المكلف بخدمة عامة عن أداء واجب التبليغ عن جريمة، الملزم به قانوناً وفقاً للمادة ٢٦من ق.الإجراءات الجنائية، =

ومن أمثلة التأخير الذي يعادل الامتناع عن العمل تراخي مدير الشئون القانونية بدائرة حكومية في اتخاذ مايلزم من إجراءات للطعن في حكم صادر بالتعويض ضدها تفويتاً لميعاد الطعن نظير عطية ممن صدر الحكم لصالحه . كما يعد من قبيل التأخير المعاقب عليه في مجال الرشوة ، على ماقضت محكمة النقض الإيطالية، امتناع الطبيب عن تقديم خدماته في الوقت المناسب لقاء فائدة حصل عليها ولو لم يترتب على ذلك ضرر للمريض.

٢٥ (٣) - إساءة استعمال السلطة التقديرية:

وتتحقق في الحالات التي يترك فيها القانون للموظف قدراً من الحرية في ممارسة سلطاته ليقرر في حدود الصالح العام ، بمحض تقديره واختياره ، مايراه الأكثر تحقيقاً لهذه الغاية، فينحرف في استعماله لهذه السلطة التقديرية ابتغاء تحقيق غاية أخرى خلاف المصلحة العامة نظير منفعة لنفسه أو لغيره. وبعبارة أخرى فإن الرشوة تتحقق في هذه الحالة إذا ما كان لانحراف الموظف في استعماله للسلطة التقديرية المخولة له ارتباط غائي بالمنفعة أو الفائدة مقابل الرشوة ، فكانت مباشرته العمل التقديري على النحو الذي بوشر به مقابل الفائدة التي طلبها أو قبلها ، ومن قبيل ذلك قبول رئيس إداري عطية ليمنح موظفاً من مرؤسيه تقديراً في تقريره السنوي لا يستحقه ، أو لتعيين أو ترقية من هو أقل كفاءة من غيره أو

= يعتبر إخلالا خطيراً بواجبات الوظيفة أو الخدمة العامة يستوي في القانون مع امتناع الموظف العام عن أداء عمل من أعمال وظيفته ... فإذا طلب أو قبل أو أخذ عطية أو وعداً بها جاز طلب أو قبل أو أخذ وعداً أو عطية من أجل عدم الإبلاغ عن جريمة علم بها أثناء تأدية عمله فإنه يخضع لعقوبة الرشوة ذلك أن الإبلاغ عن هذه الجرائم من الواجبات القانونية التي يلتزم الموظف بتأديتها (نقض ٢٨ نوفمبر ١٩٦٨ ، مجموعه الأحكام ، س١٨ ، رقم ٢٥٣ ، ص١١٩٦).

منحه علاوة أو مكافأة حين يكون التعيين في وظيفة معينة أو ترقية بعض المرؤسين بالاختيار أو منح بعضهم مكافاة داخلاً في سلطته.

٢٦ (٤)- تجاوز قواعد الاختصاص :

تفرض الوظيفة العامة على شاغلها الالتزام بالقوانين واللوائح والأصول الإدارية في قيامه بأنشطتها وإنجازه لأعمالها ، مما يقتضي التزامه بمراعاة قواعد الاختصاص النوعي والمكاني والشخصي . ومباشرة الموظف عملاً بالمخالفة لقواعد الاختصاص يعرضه للجزاء التأديبي باعتباره قد خالف واجبات الوظيفة . فكل عمل يخرج به الموظف عن اختصاصه المحدد وظيفياً ومكانياً يندرج تحت مفهوم الإخلال بواجبات الوظيفة . وعلى هذا الأساس تتحقق جريمة الرشوة في حق الموظف الذي يقبل عطية أو وعداً بها مقابل قيامه بوضع توقيع مزور لرئيسه المختص بالتوقيع في محرر رسمي صادر عن جهة الإدارة التي ينتمي إليها ، ذلك أن الموظف الذي ينحرف عن نطاق اختصاصه يخالف، كما تقول محكمه النقض المصرية ، ما تمليه عليه وظيفته من واجب أداء أعماله في حدود الاختصاص المرسوم له قانوناً.

٢٧ (٥) - الإخلال بواجب الأمانة الذي تفرضه روح الوظيفة العامة:

وينطوي تحته مخالفة الواجبات التي تستلهم من روح النصوص الخاصة بالوظيفة العامة ، وكذا من المصلحة العامة التي يجب أن تكون غاية كل تصرف وظيفي ، وما تفرضانه على أرباب الوظائف العامة من واجبات النزاهة والأمانة والتجرد والنأي عن كل ما يخل بالثقة في كل ما يتصل بشئونها .

ومن أمثلة ما اعتبره القضاء إخلالاً بواجب الأمانة في أداء الوظيفة ما قضى به من أن القانون يعاقب على الرشوة إذا كانت قد قدمت إلى الموظف لإفساد ذمته ليقارف جريمة دس مخدر في منزل آخر أثناء قيامه وآخرين بتفتيشه[1]، وبانه يعد إخلالاً بواجبات الوظيفة قبول سائق بجهة حكومية مبلغاً من النقود نظير نقل أشياء لبعض أشخاص بالسيارة الحكومية التي يقودها[2]، وكذلك تقديم عطية إلى موظف بالتليفزيون ليسرق للراشي فيلماً من الأفلام التي يقوم بنقلها بين الاستديو ومكتبة التليفزيون[3]، وطلب مدرس من أحد التلاميذ مبلغاً من المال لمساعدته في الاختبار[4]. كما قضي بان طلب الرشوة على الصورة التي أثبتها الحكم في حق الطاعن - وهو موظف عام وأحد افراد الحملة المكلفة بضبط المخالفات التموينية - في سبيل إبداء أقوال جديدة أمام المحكمة غير ماسبق إن أبداه في شان واقعة الضبط هو أمر تتأذى منه العدالة وتسقط عنده ذمة الموظف. وهو إذا وقع منه يكون إخلالاً بواجبات وظيفته التي تفرض عليه أن يكون أميناً في تقرير ماجرى تحت حسه من وقائع وما بوشر فيها من إجراءات تتخذ أساساً لأثر معين يرتبه القانون عليها. وهذا الإخلال يندرج بغير شك في باب الرشوة المعاقب عليها

---

(١) نقض مصري ٤ إبريل ١٩٦٠، مجموعة الأحكام، س١١، رقم ٦٢، ص ٣١٦.

(٢) نقض مصري ٢٠ فبراير ١٩٧٠، مجموعة الأحكام، س٢١، رقم ٤٩، ص٢٠٠.

(٣) نقض مصري أول إبريل ١٩٦٨، مجموعة الأحكام، س٢١، رقم ٨٤،ص - ١٩٤.

(٤) القرار رقم ١/٣٦٢/ق لعام ١٤٠٠. ديوان المظالم بالمملكة العربية السعودية، جلسة ١٤٠٠/١١/١٨هـ. كما قضي في السعودية أيضاً بتوافر جريمة عرض الرشوة في حق متهم عرض على كبير معلمي مدرسة تعليم قيادة السيارات - الذي يعد في حكم الموظف العام - مبلغاً من النقود لكي يساعده في الاختبار الخاص باستخراج رخصة قيادة. القرار رقم هـ/٢/٩٢ لعام ١٤٠١هـ في القضية رقم ١/٤٤٩/ق لعام ١٤٠٠هـ جلسة ١٤٠١/١/١٠هـ ديوان المظالم، الإصدار الجزائي الثاني، ص٣٧٧.

قانوناً متى تقاضى الموظف جعلاً في مقابله[1]. وقضت محكمه النقض الإيطالية بمعاقبة موظف عام عن جريمة الرشوة لقيامه بتغيير أرقام في مستند خاص بالإدارة لقاء فائدة معينة رغم تبرئة هذا الموظف في الدعوى التي رفعت عليه عن جريمة التزوير التي كان موضوعها التغيير السابق في ذلك المستند، وبتوافر أركان جريمة الرشوة في حق رجل الضبط القضائي الذي كلف بإعلان أحد المسجونين فانتهز الفرصة لينقل من السجن خطابات لأقارب المسجونين وإليه وذلك بصفة سرية ولقاء عطية[2].

ولا يؤثر في تكييف العمل المخل بواجب الأمانة الذي تفرضه روح الوظيفة العامة أن يكون هذا العمل في ظاهره استخداماً لحق من حقوق الموظف، كتقديم الاستقالة مثلاً. فمتى ثبت أن استخدام الموظف لحقه يعد - من خلال ما لابسه من ظروف - إخلالاً بواجب الأمانة الملقى على عاتق شاغلي الوظيفة العامة أمكن قيام جريمة الرشوة. وتطبيقاً لذلك قضي في إيطاليا بتوافر الرشوة في حق مدير بالنيابة للمؤسسة الحكومية للتامين قبل مبلغاً من النقود نظير أن يقدم استقالته من هذه المؤسسة في وقت متفق عليه تكون الصحف فيه قد أوسعت المؤسسة نقداً وتشهيراً فيكون للإستقالة في

(١) نقض مصري ١٢اكتوبر ١٩٨٢، مجموعة الأحكام، س ٣٣، رقم ٧٥٢، ص١٥٤. كما قضي أيضاً بقيام جريمة الرشوة في حق رجل شرطة تقاضى مبلغاً من المال ليبدي أقوالاً جديدة غير تلك التي سبق أن أبداها في شأن كيفية ضبط المتهم تحقيقاً لمصلحة هذا الأخير في الإفلات من المسئولية (نقض مصري ٧ اكتوبر ١٩٥٧، مجموعه الأحكام، س٩، رقم ١٨٧،ص ٧١١)

(٢) وفي واقعة مقاربة قضت محكمة استئناف أبوظبي الشرعية بتوافر جريمة عرض الرشوة في حق متهم عرض على الشرطي المنوط به حراسته أثناء توصيله إلى النيابة العامة مبلغاً من النقود، تظاهر الأخير بقبوله، للإخلال بواجبات وظيفته وذلك بتوصيل رسالتين إلى زوجته. حكم محكمه استئناف أبو ظبي الشرعية في الاستئناف رقم ٤٢١ . ١٩٩٥/٤٣٥، جلسة ١٩٩٥/١١/٤، غير منشور.

تلك اللحظة صدى خطير في الرأي العام يؤكد مانشرته الصحف من فضائح مزعومة. وقد رأت محكمة النقض الإيطالية أن في الواقعة رشوة، وأن الفعل الذي قدمت الهبة في سبيله وإن كان يبدو في ظاهره مشروعاً بوصفة مباشرة للحق في الإستقالة، إلا أنه بالنظر إلى ملابساته كان إخلالاً خطيراً بواجب الأمانة نحو الوظيفة العامة .

وهكذا يتحقق الإخلال بواجبات الوظيفة كلما أدى الموظف عملاً غير مشروع لكونه غير حق أو امتنع أو تراخى عن تادية ماهو حق ومفروض بموجب الوظيفة أو أساء استعمال سلطته التقديرية حين يخوله القانون هذه السلطة. كما يتسع مدلوله ليشمل أيضاً كل ما ينطوي على مخالفة قواعد الاختصاص النوعي أو المكاني أو الوظيفي ، أو مخالفة أمانة الوظيفة أو الخدمة العامة . ويستوي في قيام جريمة الرشوة أن يكون الإخلال المطلوب كمقابل للوعد أو العطية متعلقاً بمخالفة واجب عام أوخاص من واجباته الوظيفة ، منطوياً على ارتكاب جريمة أم مجرد مخالفة تاديبية[1] .

٢٨- (الصورة الثانية) : القيام بالواجب الوظيفي:

الأصل أن يقوم الموظف بأداء العمل المنوط به وفقاً للقانون . فإذا طلب أو قبل عطية أو وعداً بها لأداء عمل من أعمال الوظيفة يوجب القانون القيام به

(١) وكان رأي في الفقه الإيطالي قد ذهب إلى أنه ليست كل المخالفات التأديبية تصلح لأن تكون مقابلاً للوعد أو العطية في جريمة الرشوة نظراً لاتساع فكرة المخالفات التأديبيةعن فكرة الواجبات الوظيفية وشمولها كل ما يمس كرامة الوظيفة وانتظامها على وجه فعال . وهو رأي مردود عليه بأن المخالفات التأديبية في عرف أكثر الفقه الإداري ليست إلا مخالفة لواجبات الوظيفة، حتى ليعرفها كثير منهم بأنها " مخالفة لواجبات الوظيفة" أو " الفعل الامتناع المخالف للواجبات التي تفرضها الوظيفة".راجع في ذلك : مؤلفنا سالف الإشارة إليه، ص١٣٣-١٣٤.

أو للامتناع عن عمل يحظره القانون كان مرتشياً. فليس بلازم لكي يسأل الموظف عن جريمة رشوة أن ينطوي العمل المطلوب كمقابل للفائدة على مخالفة لواجبات وظيفته، بل تقوم الجريمة ولو كان هذا العمل مشروعاً ومتطابقاً من كافة الوجوه مع القوانين واللوائح والتعليمات. فلا يحول دون قيام الجريمة ألا يكون في العمل المطلوب ما يتنافى مع الذمة وواجبات الوظيفة أو يتعارض مع حقيقة الواقع. ولا أهمية لكون العمل المطلوب مطابقاً لمقتضيات الوظيفة وواجباً أو غير مطابق لمقتضياتها سوى في قدر الحد الأقصى للعقوبة. فإذا كان أداء العمل أو الامتناع عنه واجباً تكون العقوبة السجن مدة لا تجاوز عشر سنوات، وتشدد العقوبة إلى السجن الموقت بين حديه العامين الأدنى وهو ثلاث سنوات والأقصى وهو خمس عشرة سنة إذا كان الغرض من الرشوة أداء عمل أو الامتناع عن عمل إخلالاً بواجبات الوظيفة.

ويلزم في العمل الوظيفي المطلوب أداؤه أو الامتناع عنه مقابلاً للرشوة أن يكون محدداً أو قابلاً للتحديد. ولا يعني كون العمل محدداً أن يكون معيناً على نحو يتسم بالدقة والتفصيل، وإنما يكفي تحديده على وجه عام يبين فيه جنس العمل الذي تقتضيه مصلحة صاحب الحاجة مع ترك تحديد تفصيلاته، على الوجه الذي يحقق هذه المصلحة، للموظف. كما يكفي أن يكون هذا العمل قابلاً للتحديد بتعيين مجال من النشاط الوظيفي ليتحرك الموظف في نطاقه على نحو يحقق لصاحب الحاجة مصلحته، وهو ما يتحقق حال تخويل القانون الموظف سلطة تقديرية واسعة. وانتفاء صفة التحديد أو القابلية للتحديد في العمل المطلوب ينفي فكرة الرشوة ذاتها لانعدام محلها وعدم تحقق ما تفترضه من اتجار بالوظيفة أو استغلالها. لذا، لاتقوم جريمة الرشوة إذا قبل الموظف هدية قدمت إليه لمجرد إرضائه ونيل الحظوة

لديه دون أن تكون نظير عمل محدد أو قابل للتحديد على النحو السالف بيانه. ولا أهمية، إذا توافرت في العمل صفة التحديد أو القابلية للتحديد ، لأن يكون المطلوب عملاً واحداً أو مجموعة أعمال. وفي الحالة الأخيرة لا يلزم أن تتعدد ، مقابل كل عمل ، العطايا أو الوعود. ولا أهميه كذلك لطبيعة العمل المطلوب، فيستوي أن يكون عملاً قانونياً أو تصرفاً مادياً ، ولا أهمية أيضا لصورته ، فيستوي أن يكون في صورة كتابة أو قول شفوي أو فعل تنفيذي ، ولا يحول دون قيام جريمة الرشوة أن يكون العمل المطلوب غير نهائي ، كأن يكون قابلاً للطعن أو المراجعة أو الإلغاء.

ومن أمثلة الرشوة لأداء عمل من أعمال الوظيفة قبول كاتب الحسابات رشوة مقابل تحرير استمارة بالمبلغ المستحق للراشي ، وطلب كاتب الجلسة رشوة من المدعي بالحق المدني لإعلان المتهم ، وقبول مهندس البلدية المشرف على مشروع عطية لإنجاز المستخلص النهائي للمشروع[١] ، وطلب رئيس عمال النظافة مبلغاً من أحدهم للموافقة على منحه إجازة مستحقة له[٢]. وقضى بتوافر جريمة الرشوة في حق مهندس بمراقبة مباني الأوقاف أخذ مبلغاً من المال من ساكنه بمبنى تابع لوزارة الأوقاف كي يحرر عقد إيجار باسمها عقب وفاة والدها رغم أحقيتها في ذلك[٣] ، وبتوافرها كذلك في حق كونستابل من رجال الضبط القضائي أخذ مبلغاً من المال من متهم في واقعة يباشر ضبطها وتحرير محضرها على سبيل الرشوة ليؤدي عملاً من أعمال وظيفته هو تنفيذ الأمر الخاص بإخلاء سبيله وتسليمه السيارة المضبوطة

---

(١)،(٢) انظر على التوالي قرار ديوان المظالم بالمملكة العربية السعودية رقم هـ/١/٨٠ لعام ١٤٠٢. الإصدار الجزائي الثالث ، ص ١٠٣ ، والقرار رقم هـ/٢/٣٩ لعام ١٤٠٢هـ، الإصدار الجزائي الثالث، سابق الإشارة إليه، ص ١٨٩

(٣) نقض مصري ٢١نوفمبر ١٩٦٦ ، مجموعةالأحكام ، س١٧ . رقم ٢١٢ ، ص١١٢٨.

وتوجيه إجراءات الضبط في الدعوى لغاية مرسومة[1]. كما قضي بأن من واجبات العمدة أن يتدخل ودياً في المنازعات الحاصلة بشأن الأملاك لحسمها، فإذا قبل عطية للقيام بهذا الواجب عد مرتشياً[2]، وبأنه مع التسليم بأن عينات اللبن المقدمة للتحليل والتي قدمت بشأنها رشوة ليس فيها غش فذلك لا تأثير له في قيام الجريمة[3].

ومن أمثلة الامتناع عن عمل يحظره القانون على الموظف تقديم عطية إلى مأمور الضبط القضائي ليمتنع عن تحرير محضر لا موجب لتحريره أو تقديمها إلى قاض لكيلا يحكم بالعقوبة حيث تجب البراءة أو إلى شرطي لكيلا يقبض على متهم حيث لايجب القبض.

٢٩- (الصورة الثالثة) : أداء عمل أو الامتناع عن عمل لايدخل في أعمال الوظيفة:

يجرم المشرع الاتحادي بمقتضى المادة ٢٣٦ع طلب الموظف العام أو قبوله عطية أو وعداً بها ولو كان ذلك مقابل أداء عمل أو الامتناع عن عمل لايدخل في أعمال وظيفته. وقد قصد بذلك مناهضة استغلال الوظيفة العامة ذاتها لا مجرد الاتجار – فحسب – بأعمالها . وفي النص الذي وضعه اكتفى المشرع بالحديث عن العمل غير الداخل في أعمال الوظيفة كمحل لجريمة الرشوة دون بيان أو تعيين لحدود أعمال الوظيفة ، ملقياً هذا العبء على عاتق القضاء والفقه . واجتهادهما في هذا الشأن يتلاقى في أن المقصود بأعمال الوظيفة هو كل عمل يدخل في اختصاص الموظف طبقاً لما تحدده

---

(١) نقض مصري ٢ فبراير ١٩٥٢ ، مجموعة الأحكام ، س٤ . رقم ١٧٧ ، ص ٤٦٣.

(٢) نقض مصري ٢٤ اكتوبر ١٩١٨ المجموعة الرسمية س ٢٠ رقم ٤٨

(٣) نقض مصري ١٢ ديسمبر ١٩٣٨ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ٤ ، رقم ٣٠٦ ، ص ٣٩٨.

القوانين واللوائح وأوامر الرؤساء الصادرة في حدود القانون. وتحديد فكرة الاختصاص بالعمل الوظيفي تغدو إذن ضرورية حتى يتسنى معرفة ما يندرج تحت هذا النص التجريمي من صور سلوكية للموظف.

٣٠ (١) - الاختصاص بالعمل الوظيفي:

يقصد باختصاص الموظف في الفقه الإداري مجموع ما خول له من صلاحيات تمنحه سلطه القيام بأعمال معينة في نطاق هذه الصلاحيات. ومحض السلطة المادية التي للموظف على العمل الذي يؤديه لا تكفي لانعقاد اختصاصه به ، بل يلزم أن يرتبط وهذا العمل بعلاقة قانونية باعتبار أنها هى التي تضفي على السلطة المادية شرعية ما ، وتفضي لصيرورة الموظف مختصاً من الناحية القانونية بعمله الوظيفي.

وانعقاد اختصاص الموظف بالعمل مناطه أن يكون العمل داخلاً في الاختصاص القانوني للوظيفة التي يتقلدها. ومصدر هذا الاختصاص قد يكون نص القانون مباشرة ، كما هو الحال بالنسبة لبعض الوظائف العليا في الدولة، أو اللوائح التي تصدرها السلطة الإدارية بناء على تفويض صريح أو ضمني من القانون . وقد يرد مصدر الاختصاص إلى العرف الداخلي ، أو لما يصدره الرؤساء من قرارات في شكل منشورات أو تعليمات دورية وأوامر فردية. فسواء في القانون أن يكون مصدر اختصاص الموظف بالعمل المتعلق بالرشوة القواعد القانونية المكتوبة أو العرفية أو أوامر الرؤساء سواء كانت كتابية أو شفوية[(١)].

---

(١) نقض مصري١١مارس سنه ١٩٤٧ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج٧ ، رقم ٣٢٨، ص٣١٨. نقض ٧ أكتوبر سنه ١٩٥٨ ، مجموعة الأحكام، س٩ ، رقم ١٨٩ ، ص٧٧٩، وقد جاء بالحكم الأخير أنه يكفي لكي يكون الموظف مختصاً بالعمل أن يصدر إليه أمر شفوي من رئيسه بالقيام به ... فإذا=

وليس في القانون ما يمنع من أن يدخل في أعمال الموظف كل عمل يرد عليه تكليف صحيح من رئيس مختص[1]. ولا يقدح في ذلك أن يكون هناك

= كان العمل قد جرى في المحاكم على أن يقوم الكتاب الأول بأمر رؤسائهم بتحديد الجلسات... وكان لاتعارض بين ماجرى عليه العمل وبين ما أورده ، نص المادة ٦٩من قانون المرافعات (القديم) فإن إدانة المتهم بجريمة عرض رشوة على كاتب أول محكمة للإخلال بواجبات وظيفته بشأن تحديد الجلسات ولم تقبل منه، يكون صحيحاً في القانون . كما قضت محكمة النقض المصرية في حكم آخر بأنه يدخل في أعمال الوظيفة كل عمل يرد عليه تكليف صحيح صادر من الرؤساء . ويكفي في صحة التكليف أن يصدر بأوامر شفوية. فإذا كان الحكم قد دلل تدليلاً سائغاً على أن عمل الساعي (المبلغ) يقتضي التردد على المكان الذي تحفظ به ملفات المولين للمعاونة في تصفيفها وأنه يقوم بنقل الملفات بناءً على طلب موظفي مأمورية الضرائب وهم من رؤسائه – فإن التحدي بإنعدام الاختصاص يكون على غير أساس. (نقض مصري ٢٠يناير ١٩٥٩ ، مجموعة الأحكام ، س.١٠، رقم ١٥، ص٥٥). وفي حكم آخر قضت محكمة النقض بأن أعمال وظيفة الموظف العمومي يدخل في متناولها كل عمل من أعمال الخدمة العمومية يكلفه بها رؤساؤه تكليفاً صحيحاً ، فمعاون الإدارة الذي هو خاضع في وظيفته لأوامر المدير والمأمور ومن واجبه القيام بما يعهدان به إليه من عمل في حدود اختصاصهما ، إذا ندب بناء على أمر المدير للقيام بأعمال التموين في المركز فإن هذه الأعمال تدخل في أعمال وظيفته. فإذا هو قبل من تاجر مبلغاً من النقود مقابل تسهيله له الحصول على ترخيص بصرف غلال من شونة بنك التسليف الراعي ، فقبوله هذا المبلغ ، وهو صاحب شأن في الترخيص ، يكون مقابل أداء عمل من أعمال وظيفته ويعد رشوة. (نقض ٢٥أكتوبر سنة ١٩٤٣ ، مجموعة القواعد، ج٦ ، رقم ٢٤٣، ص.٣٢٠).

(١) نقض مصري ٢نوفمبر سنة ١٩٥٤ ، مجموعة الأحكام ، س.٦ ، رقم٥٥ ، ص ١٦٢. ويتسق ذلك مع مايجري عليه القضاء الإداري في مصر من أن للإدارة تكليف العامل بأى عمل يدخل في اختصاصه أو في غير اختصاصه ، وليس له أن يمتنع عن تنفيذ هذا الأمر مادام قادراً على الوفاء بالواجب . انظر على سبيل المثال : حكم المحكمة الإدارية العليا في ٣يونية سنة ١٩٦١ ، مجموعة المكتب الفني ، س٦ ، ص١٢٢١ وحكمها في ٢مارس سنة ١٩٦٨ ، مجموعة المكتب الفني، س١٣ ، ص ٦٣٧.

قرار وزاري ينظم العمل بين الموظفين لأن ذلك ، كما تقول محكمة النقض المصرية، إجراء تنظيمي لايهدر حق رئيس الإدارة في تكليف الموظف بعمل في إدارة أخرى[1].

وغني عن البيان أنه يتعين لاعتبار الموظف مختصاً بالعمل الذي يؤديه بناءً على أمر رئيسه أن يكون قيامه به مبنياً على تكليف صحيح صادر ممن يملكه، فلا يقوم للمرؤس اختصاص بعمل كلفه به رئيس غير مختص.

٣١ (٢) - الاختصاص الجزئي :

لا يلزم أن يكون الموظف المرتشي مختصاً وحده بمباشرة العمل المتعلق بالرشوة في جميع أدواره ، وإنما يكفي أن يكون له نصيب من الاختصاص يسمح له بتنفيذ الغرض من الرشوة[2]. والقول بغير ذلك يؤدي الى إفلات مرتكبي جريمة الرشوة من العقاب في معظم الحالات ، لأن إدارة الأعمال تتطلب لحسن سيرها توزيع العمل الواحد على أكثر من موظف بحيث يختص كل منهم بجزء أو مرحلة فيه. وقد لاتوجد مسالة واحدة ينفرد موظف واحد بكل مراحلها.

ومن تطبيقات ذلك ماقضي به من أنه " يكفي لتوافر الاختصاص في جريمة الرشوة أن يكون للموظف منه نصيب يسمح له بتنفيذ الغرض منها.

---

(١) نقض مصري ٩يونيه سنة ١٩٦٩ ، مجموعة الأحكام ، س.٢ ، رقم ١٧٢ ، ص ٨٦٢.

(٢) نقض مصري ٧يناير سنة ١٩٥٨ ، مجموعة الأحكام ، س٩ ، رقم ٣ ، ص ١٧ . نقض ١٢ديسمبر سنة ١٩٦١ ، مجموعة الأحكام ، س١٢ ، رقم ٢٠٤ ، ص ٩٨٠. نقض ١٩إبريل سنة ١٩٧٠ ، مجموعة الأحكام ، س٢١، رقم ١٤٦ ، ص ٦١٣. وانظر كذلك حكم محكمة تمييز دبي جلسة ١٢يونيو ١٩٩٣- سابق الإشارة إليه، وحكم محكمة أبوظبي الاتحادية الاستئنافية، جلسة ٣١ أكتوبر١٩٩٣، سابق الإشارة إليه.

وإذا كان ذلك، وكان الثابت مما أورده الحكم أن مفتش التامينات هو الذي حرر المحضر الذي عرضت الرشوة لتغييره وأن هذا المحضر لم يكن قد بت فيه نهائياً من جانب المصلحة التابع لها هذا الموظف وقت عرض الرشوة عليه، فإن هذا مما يتوافر به الاختصاص الذي يسمح للموظف بتنفيذ الغرض من الرشوة "[1].

كما قضي بأنه " متى كان الحكم المطعون فيه قد أثبت في حق الطاعن أنه مختص بتجميع العطاءات ودراستها وعرضها على المختصين ومعاينة مايتم استصناعه من الأعمال والتوقيع على سند الصرف، فمقتضى ذلك ولازمة أن له نصيباً من الاختصاص يسمح له بتنفيذ الغرض من الرشوة "[2]. وبأن مراقب عمال النظافة وإن لم يكن مختصاً بمنح العمال إجازة إلا أن اختصاصه بالشرح على الطلب المقدم منهم يعد نصيباً من الاختصاص يمكن أن تقوم بالمتاجرة فيه جريمة الرشوة[3].

ويكفي لتوافر عنصر الاختصاص بالعمل أن يكون للموظف نصيب فيه ولو برأي استشاري[4]، أو يكون دوره فيه خاضعاً لاعتماد سلطة أعلى أو

---

(١) نقض مصري ١٩ مايو سنة ١٩٦٩، مجموعة الأحكام، س.٢٠، رقم ١٥٣، ص٧٥٨.

(٢) نقض مصري ١٦ يونيه سنة ١٩٦٩، مجموعة الأحكام، س.٢٠، رقم ١٧٨، ص.٨٩.

(٣) القرار رقم هـ/٣٩/٢ لعام ١٤٠٢هـ في القضية رقم ٢/٣٦/ق لعام ١٤٠٢هـ بجلسة ١٤٠٢/٣/١٠هـ، ديوان المظالم بالمملكة العربية السعودية، الإصدار الثالث، ص١٨٩.

(٤) وبناءً عليه قضي بأن العمدة يرتكب جريمة الرشوة إذا أخذ مبلغاً من المال من أحد المرشحين لمشيخة البلد أو لخدمة الخفر ليبدي رأياً لصالحه، ولو أن التعيين في النهاية ليس من شأنه. نقض مصري ٣ مارس سنة ١٩١٧، المجموعة الرسمية، س١٨، رقم ٥١، ص ٨٩.

قابلاً للمراجعة أو الرقابة أو الطعن[1].

والمرجع في تحديد الاختصاص هو الجهة الإدارية التي يتبعها الموظف وليس الموظف نفسه[2]، وعلى المحكمة أن تتحرى حقيقة اختصاص الموظف بسؤال الجهة الإدارية التي يتبعها دون التعويل في ذلك على إقراره، لأن توزيع الاختصاصات لايثبت بالإقرار بل بتكليف الجهة الإدارية التي يتبعها الموظف[3]. والفصل في توافر الاختصاص بالعمل أو عدم توافره متروك

---

(١) وفي هذا المعنى : نقض مصري ١٩إبريل سنة ١٩٧٠، مجموعة الأحكام، س٢١، رقم ١٤٧، ص ٦١٧. وفيه قررت محكمة النقض أنه لايلزم قانوناً لاعتبار الموظف مختصاً بالعمل أن ينفرد بكل مراحله وحده، بل يكفي أن يكون له دور فيه أو نصيب يسمح بتحقيق الغرض من الرشوة ولو كان دوره خاضعاً لاعتماد سلطة أعلى أو خاضعاً للرقابة والتمحيص.

(٢) وفقاً لقضاء سابق لمحكمة النقض المصرية فإنه إذا استندت المحكمة في تحديد أعمال الموظف المتهم بالرشوة إلى أقواله وأقوال الشهود وكتاب الوزارة التي يعمل فيها فلا تثريب عليها في ذلك. نقض مصري ١١مارس ١٩٤٧، مجموعة القواعد، ج٧، رقم ٢٧٧، ص٣١٨. وعلى هذا سارت محكمة التمييز بدبي. إذ أيدت حكماً بالإدانة في جريمة رشوة استدل على كون المتهم موظفاً عاماً وعلى اختصاصه بالعمل المطلوب منه من اعترافه بمحضر الشرطة ومن أقوال الشهود. (محكمة تمييز دبي، الطعن رقم ١٤ لسنة ١٩٩٣"جزاء"، سابق الإشارة إليه). وعلى خلافها أشارت المحكمة الاتحادية في أسباب تأييدها لحكم ببراءة ضابط من تهمة الرشوة المعاقب عليها بالمادة ٤١ من ق.ع أبوظبي إلى أن الأوراق المطروحة على بساط البحث في الدعوى جاءت خلواً من دليل صادر عن الجهة الحكومية التي يتبعها تثبت على وجه اليقين أن المتهم كان مكلفاً بمراقبة السيده .... لسوء سيرتها . (انظر حكم المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم ٥٠ لسنة ٧ق،جلسة ١٧مارس ١٩٨٦، أهم الأحكام والمبادىء الجزائية التي قررتها المحكمة الاتحادية العليا، جمعية الحقوقيين، دولة الإمارات العربية المتحدة، ص٤٤٦).

(٣) نقض مصري ٢٧ أكتوبر ١٩٦٩، مجموعه الأحكام، س٢٠، رقم ٢٢٧، ص١١٤٩.

لتقدير محكمة الموضوع مادام سائغاً مستنداً إلى أصل ثابت في الأوراق[1].

وما يجري على الموظفين العموميين بشأن الاختصاص بالعمل يجري أيضاً على المكلفين بخدمة عامة كالمحكمين والخبراء . فالرأي مستقر بشأنهم على أن حد مايدخل في أعمالهم تحت حكم الرشوة يرجع إلى طبيعة عمل كل طائفة على حدتها ونوعه وأنهم يعدون مرتشين على وجه الإجمال إذا ارتكبوا السلوك الإجرامي المكون لجريمة الرشوة والمتمثل في قبول أو طلب عطية أو وعد بها لأداء عمل أو الامتناع عن عمل من الأعمال الداخلة في حدود ماموريتهم وما يكلفون به أو يندبون له. وعلى ذلك يعد مرتشياً الخبير الذي ياخذ عطية ليعجل باداء المامورية التي ندبته لها المحكمة أو ليبدي رأيه في مصلحة أحد الخصوم[2].

٣٢ (٣) - الاختصاص غير المباشر وتعقيب على موقف محكمة التمييز بدبي والمحكمة الاتحادية العليا:

يتجه قضاء محكمة التمييز بدبي والمحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات العربية المتحدة ، كنظيره في مصر وبعض الدول الأخرى ، إلى التوسع في تحديد مدلول الاختصاص الوظيفي في نطاق جريمة الرشوة ، فلم يكتف بأن يكون العمل الذي طلب الموظف أو قبل مكافاة عنه أو وعداً بها داخلاً في نطاق أعمال الوظيفة ولو جزئياً ، أي ضمن حدود الاختصاص المباشر للموظف ، بل قنع للقول بتوافر الاختصاص بأن يكون لهذا العمل صلة أو علاقة باختصاص الموظف ، أي متصلاً بوظيفته ولو لم يكن داخلاً في

(١) نقض مصري ١٢ ديسمبر ١٩٦١ ، مجموعة الأحكام ، س١٢ ، رقم ٢٠٤ ، ص ٩٨٠.

(٢) نقض مصري ٨ يناير سنة ١٩١٧ ، المجموعة الرسمية، ١٨. ص٦٧.وانظر أيضاً مؤلفنا سالف الإشارة إليه ، ص١٠٤ ، ١٠٥.

نطاق اختصاصه مباشرة ، مما مؤداه أنه لا يلزم لقيام جريمة الرشوة أن يكون العمل الوظيفي المطلوب مقابل الرشوة داخلاً في نطاق اختصاص الموظف مباشرة ، بل يكفي أن يكون من الأعمال التي تسهل له وظيفته تنفيذها بسبب اتصالها الوثيق باختصاصه. وبهذا يختلف الاختصاص غير المباشر عن الاختصاص الجزئي في أن الموظف المختص جزئياً يكون له مكنة أداء العمل ولكنه لايملك وحده الانفراد به بل يشترك معه آخرون بينما يكون مختصاً اختصاصاً غير مباشر إن لم تكن له سلطة فعلية، صغرت أم كبرت ، بشأن ذلك العمل ولكنه يستطيع تنفيذ العمل المطلوب أداؤه مقابل الرشوة لارتباطه بأعمال وظيفته التي يباشرها ارتباطاً وثيقاً يسهل له هذا الأداء.[1]

وتعبر المحكمة الاتحادية العليا عن اعتناقها هذا الشكل من أشكال التوسع في فهم مدلول الاختصاص الوظيفي في مجال جريمة الرشوة بقولها في حكم حديث لها إنه " ليس من الضروري في جريمة الرشوة أن تكون الأعمال التي يطلب من الموظف أداؤها داخلة في نطاق الوظيفة مباشرة بل يكفي أن يكون له بها اتصال يسمح بتنفيذ الغرض المقصود من الرشوة وأن

---

(١) من الأمثلة النمطية التي يوردها الفقه الفرنسي لاختصاص الموظف غير المباشر بالعمل سبب الرشوة أن يتقاضى الساعي بإحدى الجهات الإدارية رشوة مقابل ختم بعض الأوراق والمستندات بالخاتم الرسمي الذي تسهل له وظيفته الاستحواذ عليه ، واتجار الموظف بالمعلومات التي تصل إلى علمه عرضاً بسبب التسهيلات التي توفرها له وظيفته ، وتلقي ضابط الشرطة الذي يعلم بجريمة وقعت خارج دائرة اختصاصه مبلغاً من المال نظير الامتناع عن إبلاغ زملائه المختصين بهذه الواقعة . ففي هذه الفروض لا يكون الموظف مختصاً من الوجهة النوعية أو الشخصية أو المكانية بالعمل المطلوب كمقابل للرشوة وإنما يتواجد لأسباب تتعلق بوظيفته في ظروف تمكنه أو تسهل له تنفيذ هذا العمل . انظر مؤلفنا سابق الإشارة إليه ، ص١٠٦.

يكون الراشي قد اتجر معه على هذا الأساس "[1].

وعبرت عنه، قبلها، محكمة التميز بدبي بعبارات مماثلة حين قضت بأنه " ليس من الضروري في جريمة الرشوة أن تكون الأعمال التي يطلب من الموظف أداؤها داخلة في نطاق الوظيفة مباشرة بل يكفي أن يكون لها اتصال يسمح بتنفيذ الغرض منها، ولا يلزم أن يكون الموظف طالب الرشوة هو وحده المختص بجميع العمل المتصل بالرشوة بل يكفي أن يكون له علاقة به أو أن يكون له فيه نصيب من الاختصاص يسمح أيهما بتنفيذ الغرض المقصود من الرشوة "[2].

---

(١) حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم ١٧٣لسنه ١٥ق.ع جزائي، جلسة ٢مارس ١٩٩٤، غير منشور .

(٢) حكم محكمة التميز بدبي في الطعن رقم ١٤لسنه ١٩٩٣ "جزاء" سابق الإشارة إليه. وقضاء المحكمه الاتحادية العليا ومحكمة التمييز بدبي هو نفس قضاء محكمة النقض المصرية المتواتر في هذا الصدد. ومن قبيله ماقضى به أنه ليس من الضروري في جريمة الرشوة أن تكون الأعمال التي يطلب من الموظف أداؤها داخلة في نطاق الوظيفة مباشرة بل يكفي أن يكون له بها اتصال يسمح بتنفيذ الغرض المطلوب من الرشوة وأن يكون الراشي قد اتجر معه على هذا الأساس (نقض مصري ٦اكتوبر ١٩٥٨ ، مجموعه الأحكام ، س٩ ،رقم ١٨٤ ، ص ٧٥١ ، أول إبريل ١٩٦٨ ، س١٩ ، رقم ٧٤ ، ص٣٩٤ ، نقض أول فبراير ١٩٧٠ ، س٢١ ، رقم ٤٩ ، ص ٢٠٠). ومن التطبيقات العملية لذلك ماقضت به محكمة النقض المصرية من أن تقديم مبلغ إلى كاتب المجلس الحسبي بقصد تأجيل قضية منظورة أمام المجلس يعتبر عند عدم قبوله عرضاً لرشوة، لأنه وإن كان التأجيل ليس من اختصاص الكاتب مباشرة، إلا أنه يتعلق بوظيفته ، فهو بصفته كاتباً يمكنه أن يؤثر رئيسه بما يفهمه إياه من الإجراءات التي اتخذت أو تتخذ (نقض مصري ٢٧فبراير ١٩٢٧ ، المجموعة الرسمية، س٢٤، رقم ١ ،ص١) . كما أكدت في مناسبة أخرى نفسالمعنى حين قضت بأنه " لايلزم في جريمة الرشوة أن يكون الموظف المرشو هو وحده =

واتجاه القضاء الإماراتي نحو التوسع في مفهوم الاختصاص الوظيفي بعدم الوقوف عند الاختصاص المباشر بالعمل المراد أداؤه أو الامتناع عنه والاكتفاء بان يكون للوظيفة علاقة به أو اتصال يسمح بتنفيذ الغرض من الرشوة يبدو ، كنظيره في القضاء المصري ، محلاً للنظر من ناحيتين:

الأولى: أن قانون العقوبات الاتحادي تطلب في العمل المراد من الموظف كمقابل للرشوة أن يكون مخلاً «بواجبات وظيفته» (م ٢٣٤ / ١ ع) أو "واجباً" من واجباتها (م ٢٣٤ / ٢ ع) ، الأمر الذي يفيد اشتراطه الاختصاص المباشر للموظف بالعمل المطلوب أداؤه أو الامتناع عنه حتى تقوم جريمة الرشوة في حقه. فحكم المادة سالفة الذكر بفقرتيها الأولى والثانية واضح الدلالة على أنه من المتطلب في العمل سبب الرشوة أن يكون داخلاً في نطاق اختصاص الموظف مباشرة، أي داخلاً مباشرة في حدود "وظيفته" بعبارة ثانية. واتجاه القضاء الإماراتي لتوسيع مفهوم الاختصاص في نطاق جريمة الرشوة ليشمل الاختصاص غير المباشر يعد تفسيراً موسعاً لنص

=. المختص بالقيام بجميع العمل المتعلق بالرشوة. فإذا كان الثابت بالحكم أن عاملاً بمعامل الصحة، له بحكم وظيفته علاقة بتحليل الألبان التي تضبط للاشتباه في غشها ، قدم له المتهم مبلغاً من النقود لتجيء نتيجة تحليل عينة من اللبن على وجه خاص ، كان عمل المتهم شروعاً في رشوة (نقض ١٢ديسمبر ١٩٣٨ ، مجموعة القواعد القانونية في ٢٥عاماً ، ج٢ ، ص٧١١).

وانظر أحكاماً أخرى لمحكمة النقض المصرية في هذا الصدد بمؤلفنا سالف الإشارة، .ص ١٠٦ وما بعدها. ويعتنق القضاء السعودي كذلك هذا الفهم المتوسع لمدلول ومدى اختصاص الموظف العام في نطاق جريمة الرشوة حيث تواتر قضاء ديوان المظالم على أنه يكفي أن يكون العمل الذي وقعت الرشوة من أجله له اتصال بأعمال وظيفة المرتشي. انظر على سبيل المثال القرار رقم ٤٥/٢/ق لعام ١٤٠٠هـ بجلسة ١١/٩/١٤٠٠هـ ديوان المظالم. وكذلك القرار هـ/١٥٨/ق لعام ١٤٠٢هـ في القضية رقم ٣٨/١/ق لعام ١٤٠٢هـ جلسة ٢٧/٨/١٤٠٢هـ مجموعة ديوان المظالم، الإصدار الجزائي الثالث، سابق الإشارة إليه ، ص ٣٠١.

المادة ٢٣٤ ع لاتسمح به عباراته ووضوحها في الكشف عن مدلوله ، ومخالف من ثم للقواعد المقررة لتأويل وتفسير نصوص قانون العقوبات[1].

الثانية: أن الأعمال التي تسهل الوظيفة تنفيذها لا تدخل أصلاً، وبحسب الفرض ، في اختصاص الموظف ، لذا فطلبه أو قبوله فائدة ما لتنفيذها هو في تكييفه الصحيح رشوة للإخلال بواجبات الوظيفة، ومن بينها واجب مراعاة الموظف لقواعد الاختصاص النوعي والمكاني والشخصي. وترتبط صحة هذا التكييف بحالة ما إذا كان إخلال الموظف بواجباته متعلقاً بالوظيفة نفسها، إذ لاحاجة في هذه الحالة لإثارة مسألة الاختصاص بالعمل الوظيفي ، لأنه لا مجال لبحث اختصاص الموظف أو عدم اختصاصه في مقام مخالفته القوانين واللوائح والتعليمات . ولا يكون للقضاء حاجة، من ثم ، لافتعال فكرة الاختصاص غير المباشر والقول بتوافر جريمة الرشوة تذرعاً ، دونما سند من القانون ، بأن سبب الرشوة عمل له اتصال بأعمال الوظيفة .

---

(١) إذ من المقرر قانوناً ، كما تقول المحكمة الاتحادية العليا ، أنه " إذا كانت عبارات القانون واضحة لا لبس فيها فإنها يجب أن تكون تعبيراً صادقاً عن إرادة المشرع ولا يجوز الانحراف عنها عن طريق التفسير أو التأويل أياً كان الباعث على ذلك ، ولا مجال للاجتهاد إزاء صراحة نص القانون الواجب تطبيقه. وقد أرست المحكمة الاتحادية العليا قضاءها في شأن تفسير القوانين الجزائية بأنه يجب التحرز في تفسيرها والتزام جانب الدقة في ذلك وعدم تحميل عباراتها فوق ما تحتمل وأنه لا يجوز تحت ستار التفسير الانحراف عن المعنى الواضح الجلي وذلك بتقييد مطلق النص أو بتخصيص عمومه أو إضافة أمر لم يرد له ذكر في عباراته". (حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم ١٤٠لسنه ١٥ القضائية، جلسه أول ديسمبر ١٩٩٣ ، مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الجزائية والشرعية الجزائية ودوائر تأديب المحامين والخبراء ، س١٥ ، ١٩٩٣ ، رقم٩٦ ، ص٤٦٧-٤٦٨).

أما إذا لم يكن إخلال الموظف بواجباته متعلقاً بالوظيفة نفسها ، وهو ما يتحقق إذا تجاوز واجبات وظيفته وقام بصفة شخصية نظير فائدة بأعمال منبتة الصلة بوظيفته عديمة الارتباط بها ، فإنه يقع تحت طائلة العقاب على الرشوة لأداء عمل أو للامتناع عن عمل " لايدخل في أعمال وظيفته " وفقاً لما تقضي به المادة ٢٣٦ع.

وإطلاق القضاء الإماراتي القول بانه ليس من الضروري في جريمة الرشوة أن تكون الأعمال التي يطلب من الموظف أداؤها داخلة في نطاق الوظيفة مباشرة بل يكفى أن يكون لها بها اتصال يسمح بتنفيذ الغرض المقصود من الرشوة ، وإصدار أحكام إدانة على هذا الأساس ، بل وتجاوزه هذا الحد بخروجه كليةً عن قواعد الاختصاص الوظيفي بإشارته صراحةً إلى أن " من المقرر – وعلى ماجرى عليه قضاء هذه المحكمة – أن دلالة نص المادة ٢٣٤من قانون العقوبات الاتحادي واضحة على أن جريمة الرشوة تكون قائمة حتى ولو كان العمل الذي دفعت من أجله الرشوة لا يدخل في اختصاص الموظف[1] إنما ينطوي على خلط بين نطاق تجريم الرشوة كما هو وارد بنص المادة ٢٣٤عقوبات وتجريمها بمقتضى نص المادة ٢٣٦عقوبات[2].

(١) المحكمة الاتحادية العليا ، الطعن رقم ٣٨لسنه ١٨ق.ع جزائي . جلسة ١٦ أكتوبر ١٩٩٦، مجلة العدالة، وزارة العدل، أبوظبي، س٢٤، العدد ٩٠ إبريل ١٩٩٧، ص٨٧ . وفي رأينا أن هذا القضاء لا يظاهره صريح نص المادة ٢٣٤ع اتحادي والدلالة الواضحة لعباراته خلافاً لما جاء به ، كما أنه لايستساغ – حسبما انتهت المحكمة الاتحادية العليا – النعي على الحكم المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون لإدانته الطاعن بجريمة الرشوة رغم انهيار ركن أساسي من أركان الجريمة المنصوص عليها في المادة ٢٣٤ع اتحادي ألا وهي انتفاء الصلة بين اختصاصه الوظيفي والعمل المطلوب ، وذلك للأسباب التي أوردناها بالمتن .

(٢) راجع أيضا انتقاداتنا لمسلك محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بمؤلفنا سالف الذكر ، ص١٠٨ وما بعدها.

٣٣ (٤) - العمل أو الامتناع الخارج عن الوظيفة وتمييز نطاق التجريم عن نطاق تجريم الاحتيال:

عمد المشرع الجنائي الإماراتي ، في اتجاه واضح لتوسيع نطاق جريمة الرشوة ، إلى الخروج كليةً عن قواعد الاختصاص الوظيفي بمفهومها الإداري، فجرم الرشوة التي يكون محلها أعمالاً لاتدخل أصلاً في نطاق اختصاص الموظف وذلك بنصه في المادة ٢٣٦ع اتحادي على أن « يعاقب .. كل موظف عام أو مكلف بخدمة عامة طلب أو قبل لنفسه أو لغيره عطية أو مزية من أي نوع أو وعداً بشيء من ذلك لأداء عمل أو للامتناع عن عمل لا يدخل في أعمال وظيفته». وبهذا النص التجريمي وصل المشرع الاتحادي بمفهوم الاختصاص الوظيفي إلى أقصى مدى له من الاتساع باعتباره الوظيفة العامة كلها ، وليس عناصر محددة فيها كالاختصاص النوعي أو الفني أو الشخصي وفقاً للقانون الإداري ، محوراً له.

ويمكن أن تقع جريمة الرشوة على الصورة التي رسمتها المادة ٢٣٦ ع بإدعاء الموظف الاختصاص كذباً ، سواء أكان ذلك بالقول الصريح أو باتخاذه موقفاً إيجابيا لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على صدور الادعاء من جانبه. فلا يشترط أن يفصح الموظف عن ادعائه الاختصاص صراحة، بل يكفي الادعاء الضمني بأن يبدي استعداده للقيام بالعمل الذي لا يدخل في نطاق اختصاصه . بل إن اتخاذه موقفاً سلبياً محضاً تجاه صاحب الحاجة الذي يقدم له رشوة معتقداً أنه الموظف المختص فيقبلها في صمت تقع به جريمة الرشوة على الصورة المذكورة.

وإذا توصل الموظف لتدعيم ادعائه الاختصاص بطرق احتيالية فقد تتوافر في حقه جريمة الاحتيال فيتنازع الواقعة نصان ، نص الرشوة

(م ٢٣٦ ع) ونص الاحتيال (م ٣٩٩ ع) ، وحينئذ تعتبر الواقعة رشوة بوصفها ا الجريمة الأشد عقاباً، وكذا بوصف نصّ الرشوة نصاً خاصاً يقيد نص الاحتيال .

كما تقوم الجريمة في الصورة المذكورة كذلك إذا وقع الموظف في غلط يتعلق بمفترضات العمل الوظيفي يؤدي إلى توهمه أو اعتقاده ، على خلاف الواقع ، دخول العمل المطلوب أداؤه أو الامتناع عنه في نطاق اختصاصه[1] نتيجة لعدم إلمامه إلماماً كافياً بقواعد اختصاصه النوعي أو المكاني أو لسحب بعض اختصاصاته من جانب السلطة المختصة دون علمه بذلك أو لحداثة عهده بممارسة اختصاصاته الوظيفية أو لخطأ شخصي منه في التقدير أو بسبب إيعاز من زملائه أو حتى من صاحب الحاجة.

وتتحقق الرشوة في هذه الصورة كذلك إذا لم يكن للموظف أن يباشر العمل المطلوب أداؤه أو الامتناع عنه بمقتضى نظام تعيينه أو لم يكن له أن يقوم به في الجهة التي يباشر فيها. وانتفاء الصفة الرسمية عن العمل الذي يطلب الموظف أو يقبل عطية أو وعداً بها مقابل أدائه أو الامتناع عنه، كالمدرس الذي يعطي دروساً خصوصية بمقابل وموظف إدارة الاتصالات الذي يقوم بإصلاح هواتف العملاء في غير مواعيد العمل الرسمية نظير أجر كخدمة تقدم للمخدوم ، يحول دون قيام جريمة الرشوة في حقه، إلا إذا كانت وظيفته تحظر عليه ذلك فيعد مسلكه إخلالاً بواجبات الوظيفة يتحقق به الركن المادي لجريمة الرشوة في صورتها الأولى الواردة بالمادة ٢٣٤ ع ، إن كان هذا

---

(١) وكان نص المادة ٣٠٧ من مشروع قانون العقوبات الاتحادي يتطلب لتجريم ارتشاء الموظف لأداء عمل أو الامتناع عن عمل لا يدخل في أعمال وظيفته أن يكون قد " زعم ذلك أو اعتقده خطأ".

الإخلال بمقابل.

وعلى الرغم من أن المشرع لم يشترط صراحة لعقاب الموظف بوصف الرشوة المرتكبة على الصورة التي رسمتها المادة ٢٣٦ ع أن يكون ثمة ارتباط أو صلة بين العمل المطلوب أداؤه أو الامتناع عنه مقابل الرشوة وبين الأعمال التي يختص بها الموظف فعلاً ، وجاء تعبيره عن سبب الرشوة أو الغرض منها عاماً شاملاً سائر صور العمل أو الامتناع الخارج عن الوظيفة ، أو الذي لا يدخل في أعمالها على حد تعبيره في المادة المذكورة، إلا أن هذا الشرط مفترض ضمناً بغير حاجة إلى إيراده صراحة بحكم ارتباطه بطبيعة المصلحة القانونية التي أراد المشرع حمايتها بتجريم أفعال الرشوة ، ولزومه كذلك لتمييز نطاق تجريم الرشوة كما حدده نص المادة ٢٣٦ ع عن نطاق تجريم الاحتيال كما حدده نص المادة ٣٩٩ ع.

فالمصلحة المراد بتجريم الرشوة حمايتها ليست سوى حماية الوظيفة العامة ونزاهتها من خطر العبث بها وضمان وكفالة الثقة التي يضعها الأفراد فيها، الأمر الذي يقتضي لعقاب الموظف بوصف الرشوة المرتكبة على الصورة التي رسمتها المادة ٣٣٦ ع أن يكون ثمة ارتباط أو صلة بين العمل المطلوب كمقابل للرشوة وبين الأعمال التي يختص بها حسبما ينظمها النشاط الوظيفي لجهة الإدارة التي يتبعها. إذ ليس من عدوان على هذه المصلحة إذا كان العمل الوظيفي منبت الصلة تماماً ، عديم الارتباط كليه ، بالعمل أو الامتناع الذي يبتغيه صاحب المصلحة. فمتى انعدم ذلك الارتباط كلية انتفى تبعاً لذلك الاعتداء على الوظيفة العامة ونزاهتها أو على الثقة الموضوعة فيها من جانب الأفراد ، ولا تقوم بالتالي جريمة الرشوة بوصفها إحدى جرائم الاعتداء على الوظيفة العامة . وبغير اشتراط هذا الارتباط أو

الصلة فإن نطاق تجريم الرشوة كما يحدده ظاهر نص المادة ٢٣٦ ع يبلغ حداً من الاتساع ينافي حكمه تجريم الرشوة المتمثلة في مكافحة كل اتجار أو استغلال أو عبث " بالوظيفة " صوناً للثقة الموضوعة من جانب الأفراد فيها. فضلاً عن أن هذا الشرط هو الذي يميز جريمة المادة ٢٣٦ ع عن جريمة الاحتيال المنصوص والمعاقب عليها بالمادة ٣٩٩ ع لأن مسلك الموظف الذي يتجر بعمل لايدخل في اختصاصه قد يختلط أحياناً بمسلك المحتال الذي يستعمل طرقا احتيالية للاستيلاء على مال الغير بحكم أن إساءة استغلال الموظف العام لصفته الوظيفية يمكن أن تتوافر بها الطرق الاحتيالية التي تقع باستعمالها جريمة الاحتيال .

٣٤ (ثالثاً)- الركن المعنوي (القصد الجنائي للمرتشي):

الرشوة جريمة عمدية يتطلب قيامها توافر القصد الجنائي لدى فاعلها وهو الموظف العام . ويتألف هذا القصد من علم بعناصر الجريمة وإرادة متجهة إلى تحقيق هذه العناصر أو قبولها . فيتحقق من ثم بتوافر عنصرين : (أولهما) هو علم الموظف بكافة العناصر الواقعية التي يتضمنها النموذج القانوني للجريمة حسبما تستخلص من نص التجريم ، و (ثانيهما) هو اتجاه إرادته إلى تحقيق السلوك المادي المتمثل في طلب أو قبول عطيه أو وعد بها نظير عمل ، إيجابياً كان أو مجرد امتناع ، يدخل ، أو لا يدخل ، في أعمال وظيفته .

٣٥ (١) - العلم :

وينصب على العناصر المكونة للواقعة الإجرامية ؛ فيلزم من ثم أن يكون المرتشي عالماً بصفته كموظف عام . ولا يقصد بذلك علمه بنصوص القانون المحددة للموظف العام ؛ فهذا علم بالتكييف القانوني للموظف غير المتطلب

لتحقيق القصد الجنائي ، وهو علم مفترض في كافة الأحوال تطبيقاً لقاعدة افتراض العلم بالقانون . لذا ، لا ينفي القصد الجنائي عدم علم المرتشي أن الوظيفة التي يباشر أعمالها تدخل ضمن الوظائف التي يعتبر شاغلوها موظفين عمومين في تطبيق أحكام قانون العقوبات . ولا يكون مجدياً من ثم لأحد العاملين باحدى الجمعيات ذات النفع العام ، مثلاً ، الدفع بجهله بصفة الموظف العام التي تضفيها عليه المادة الخامسة من قانون العقوبات ، فانتفاء علمه بالصفة الوظيفية في هذه الحالة لا يعتد به باعتباره جهلاً باحكام قانون العقوبات ، وهو ما حرص المشرع الاتحادي على تاكيده صراحة بما قرره في المادة ٤٢ ع من أنه « لا يعتبر الجهل باحكام هذا القانون عذراً ». وإنما المقصود بالعلم بالصفة الذي لا قيام للقصد الجنائي بدونه هو العلم بالوقائع التي تضفي على الشخص صفة الموظف العام . فإذا انتفى علم المتهم بهذه الوقائع ، كما لو كان لم يبلغ بعد بقرار تعيينه أو بسحب قرار فصله أو بالغاء قرار إحالته إلى التقاعد أو بصدور قرار مد خدمته فترة أخرى بعد انتهاء مدة خدمته أو كان يعتقد أنه عزل من وظيفته بناء على كتاب مزور أبلغ به ، فإن القصد الجنائي لديه ينتفي ولا يمكن عقابه بوصف الرشوة إذا كان قد طلب أو قبل عطية أو وعداً بها لأداء عمل أو للامتناع عن عمل يدخل ، أو لا يدخل ، في أعمال وظيفته ، وإن كان جائزاً ملاحقته باعتباره مرتكباً لجريمة الاحتيال إذا توافرت أركانها . وعلم الجاني بصفته الوظيفية مفترض، ونفي ذلك العلم ، لنفي العمد ، يقع إثباته على عاتقه .

كما يلزم توافر علم الجاني بصفة المقابل في العطية أو الوعد بها . لذا لا يعد القصد الجنائي قائماً إذا كان الموظف قد تسلم مبلغاً من المال سداداً لدين مستحق على الراشي غير عالم بنية الأخير في إرشائه ، أو إذا تلقى هدية له أو لأحد أفراد أسرته من قريب في مناسبة عائلية تبررها ، كالزواج أو الميلاد

وما شابه ذلك ، معتقداً أنها قدمت على سبيل المجاملة وليست مقابلاً لعمل أو امتناع ينتظره منه مقدمها .

٣٦ (٢) - الإرادة :

لا يكفي توافر عنصر العلم مبيناً على النحو السابق لقيام القصد الجنائي لدى المرتشي ، بل يلزم أن تتجه إرادته أيضاً إلى طلب أو قبول الوعد أو العطية كثمن أو مقابل للعمل المطلوب . ولهذا يتخلف القصد الجنائي ، لانتفاء إرادة الطلب أو القبول ، إذا دس صاحب الحاجة مثلاً مبلغاً من النقود في جيب رداء الموظف أو أسقطه في درج مكتبه دون أن تنصرف إرادة الأخير إلى قبول هذه النقود . ولا يتوافر القصد كذلك إذا لم تكن الإرادة جادة في القبول ، كما لو تظاهر الموظف باتجاه الإرادة لديه إلى قبول الوعد أو العطية منتوياً في الحقيقة الإيقاع بالراشي والعمل على ضبطه متلبساً بواسطة السلطات العامة . واتخاذ السلطات الأمنية تدبيراً للقبض على المرتشي متلبساً ليس فيه ما ينتقص من إرادته ؛ فتنسب الجريمة إليه طالما كانت إرادته حرة غير معوقة .

ولا يلزم أن تتجه الإرادة إلى التنفيذ الفعلي للعمل المطلوب . فتنفيذ الغرض من الرشوة ليس ركناً فيها . لذا يتوافر القصد الجنائي لدى الموظف الذي يطلب أو يقبل العطية أو الوعد بها حتى ولو كان منتوياً لحظة الطلب أو القبول عدم القيام بما وعد به صاحب المصلحة من عمل أو امتناع أو إخلال بواجبات وظيفته . وعلى هذا نصت المادة ٢٣٤ ع صراحة .

٣٧ (٣) - طبيعة القصد الجنائي في جريمة الموظف المرتشي :

إزاء نص المشرع الإماراتي صراحة على قيام جريمة الرشوة ولو كان الموظف ينتوي لحظة طلبه أو قبوله للوعد أو العطية عدم تنفيذ العمل الذي

ينتظره صاحب المصلحة منه ، فإن الرأي يمكن أن يختلف بشان طبيعة القصد الجنائي اللازم لإجرام المرتشي . إذ قد يقال أن القصد في جريمته هو محض القصد الجنائي العام الذي يقوم بالعلم والإرادة المنصرفين إلى أركان الجريمة ، فيكفي لتوافره اتجاه إرادته إلى قبول أو طلب الفائدة غير المستحقة وعلمه بأن الغرض منها عمل يبتغيه صاحب المصلحة ولو لم تكون لديه نية حقيقيه للاتجار بوظيفته . وما حرص المشرع بالنص الصريح في المادة ٢٣٤ ع على تقرير قيام الجريمة ولو كان الموظف المرتشي ينوي ابتداء عدم تنفيذ العمل المطلوب إلا تاكيداً على كفاية القصد الجنائي العام لقيام الجريمة وعلى أن نية الموظف ازاء تنفيذ العمل المطلوب لا شان لها بالقصد الجنائي مادام اتجاهها إلى تنفيذه أو إلى عدم تنفيذه يستويان .

وعلى العكس من ذلك ، قد يقال إن حرص المشرع على إيراد نص صريح باستحقاق المرتشي للعقاب حتى ولو كان يقصد عدم القيام بالعمل المطلوب لا يمكن أن يكون مفهوماً إلا مع التسليم بأن الرشوة في تقديره من جرائم القصد الخاص التي يلزم لقيامها توافر نية الاتجار بالوظيفة ، ذلك أن الموظف الذي لا ينتوي تنفيذ العمل المطلوب لا تتوافر لديه نية الاتجار ويفلت بالتالي من العقاب ، لذا أورد المشرع نصاً صريحاً يقرر استحقاقه للعقاب ، وليضيف إلى جانب نية الاتجار نية استغلال الوظيفة ذاتها باتخاذها ، حين لا ينوي ابتداء القيام بما يبتغيه منه صاحب المصلحة ، وسيلة إلى العطايا والفوائد المحرمة قانوناً .

والأدنى إلى الصواب ، في تقديرنا ، أن القصد العام في جريمة الرشوة يكفي لقيامها ، ذلك أن نية الاتجار بالوظيفة أو استغلالها ليست مقصداً خاصاً ولا تنتسب إلى الركن المعنوي للجريمة ، وإنما هي علة تجريم أفعال

الرشوة . لذلك فهي لا تدخل في التكوين القانوني للجريمة ، وإنما تعبر عن جوهر الرشوة بعناصرها المادية والمعنوية معاً . ويكفي في جريمة المرتشي أن يتجه قصده إلى طلب أو قبول الفائدة في مقابل قيامه بالعمل الذي ينتظره منه صاحب المصلحة. إذ يتحقق بذلك معنى الاتجار بالوظيفة أو استغلالها بصرف النظر عن القيام بالعمل المطلوب من عدمه ، بل ولو كان عازماً على عدم القيام به . كما أن نية الاتجار بالوظيفة أو استغلالها تدخل في عنصر العلم الذي يقوم به وبالإرادة القصد الجنائي العام ، ذلك أن تحقق هذا القصد لدى الموظف يستوجب توافر علمه بأن الفائدة التي تلقاها أو وعد بها إنما هي نظير الاتجار بالوظيفة أو استغلالها . ولهذا يغني علم الموظف بالغرض من الرشوة عن اشتراط نية خاصة .

وبهذا الرأي أخذت محكمة النقض المصرية ومحكمة التمييز بدبي . فقضت أولاهما بأنه من المقرر أن القصد الجنائي في الرشوة يتوافر بمجرد علم المرتشي عند طلب أو قبول الوعد أو العطية أو الفائدة أنه يفعل ذلك لقاء القيام بعمل أو الامتناع عن عمل من أعمال الوظيفة أو بالإخلال بواجباته وأنه ثمن لاتجاره بوظيفته أو استغلالها ويستنتج هذا الركن من الظروف والملابسات التي صاحبت العمل أو الامتناع أو الإخلال بواجبات الوظيفة [1]. وقضت الثانية ، في عبارات مقاربة، بأنه من المقرر أن القصد الجنائي في جريمة الرشوة يتوافر بمجرد علم المرتشي – عند طلبه العطية أو الفائدة – أنه يفعل هذا لقاء القيام بأداء عمل أو الامتناع عن عمل إخلالاً بواجبات وظيفته وأنه ثمن لاتجاره بوظيفته أو استغلالها ، ويستنتج هذا الركن من الظروف والملابسات التي صاحبت العمل أو الامتناع عن العمل إخلالاً

(١) نقض مصري ٢٠ يونيو ١٩٧١ ، مجموعة الأحكام ، س ٢٢ ، رقم ١١٩ ، ص ٤٨٧ .

بواجبات الوظيفة [1].

٣٨ (٤) - معاصرة القصد للركن المادي في جريمة المرتشي :

الأصل في جريمة المرتشي ، باعتبارها من نوع الجرائم الوقتية ، أن يتوافر القصد الجنائي لدى مرتكبها لحظة مقارفته السلوك الإجرامي المتمثل في القبول أو الطلب ، فإن لم يكن متوافراً في هذه اللحظة لم تقم الجريمة . وإذا توافر بعدها فهو قصد لاحق لا عبرة به .

وعليه، فلو تلقى الموظف هدية وهو لا يعلم بأنها مقابل عمل يبتغيه منه صاحب المصلحة فإن قصده في الارتشاء لا يكون قائماً . غير أن التساؤل يمكن أن يثور حول الحكم فيما إذا تلقى الموظف عطية أو هدية دون أن يعلم بصفتها كمقابل لعمل منتظر منه ، كأن يعتقد أنها سداد لدين سابق أو مرسلة إليه أو لأحد أفراد أسرته من أحد من ذوي قرباه أو أصدقائه في مناسبة اجتماعية تبرر تقديمها، ثم يعلم بعد ذلك بصفتها كمقابل لعمل فيبقيها رغم ذلك لديه ؟ وفي الإجابة على هذا التساؤل توزعت الأنظار الفقهية إلى رأيين:

ففريق يرى أن الرشوة لا تقوم في حق الموظف في هذه الحالة لأن من المبادىء الأساسية في القصد الجنائي مبدأ معاصرة القصد للنشاط المادي المكون للجريمة ، فإن لم يتوافر القصد لحظة إتيان هذا النشاط فلا تقوم الجريمة ، ولو توافر القصد بعد ذلك . فالقصد متى كان لاحقاً على السلوك الإجرامي لا يحدث أثره القانوني . وعلى ذلك يتعين أن يعلم الموظف ، وقت ارتكابه الفعل المادي المكون للرشوة ، أي وقت الطلب أو القبول ، أن ما يتلقاه

(١) محكمة تمييز دبي، جلسة ١٢ يونيو ١٩٩٣، الطعن رقم ١٤ ١٩٩٣ جزاء ، سابق الإشارة إليه .
وانظر أيضاً قضاءً بنفس العبارات تقريباً : القرار رقم هـ/٤١/٣ لعام ١٤٠٢ هـ ، ديوان المظالم بالمملكة العربية السعودية ، الإصدار الجزائي الثالث ، سابق الاشارة إليه ، ص ١٩٣ ، هـ/٤٢/٢ لعام ١٤٠٢ هـ ، سابق الإشارة إليه .

ليس إلا مقابلاً لعمل منتظر منه تتحقق به مصلحة صاحب الحاجة . ولا يغني عن توافر العلم في هذا الوقت توافره في لحظة لاحقة حتى ولو قام الموظف بعد ذلك بالعمل المطلوب وكان هذا العمل منطوياً على إخلال بواجبات الوظيفة . ومن ثم فإن الموظف الذي يتلقى هدية أو عطية معتقداً أنها مرسلة إليه من أحد من ذوي قرباه لمناسبة عائلية تبررها ثم يتبين بعد ذلك أنها قد أرسلت من أحد أصحاب الحاجات كمقابل لعمل يبتغيه لا يسأل عن جريمة الرشوة لأن القصد الذي توافر لديه بهذا العلم لم يكن قائماً وقت ارتكاب النشاط الإجرامي (قبول الهدية) ، وإنما هو قصد لاحق لا يعتد به إضافة إلى أن الموظف غير ملتزم برد هذه الهدية أو العطية إلى من قدمها إليه.

وعلى العكس من ذلك يذهب فريق آخر إلى أن الموظف الذي يتلقى هديه أو عطية غير عالم بصفتها لحظة تلقيه إياها ثم يعلم فيما بعد أنها مقابل لعمل يبتغيه منه مقدمها فيبقيها لديه رغم ذلك تقع منه جريمة الرشوة لحظة علمه بالغرض الحقيقي الذي قدمت من أجله وقبوله الاحتفاظ بها مقابل العمل المطلوب منه . ففي ذلك ما يكفي ليكون قبولاً جديداً يتحقق به الركن المادي لجريمة الرشوة .

والرأي الثاني أولى ، في تقديرنا ، بالاتباع ، ذلك أن الرشوة في الفرض محل البحث تقوم فحسب على القبول المنصب على عطية حاضرة أو مؤجلة . وفي الحالة الأولى فإن مقتضى الواجب الوظيفي يفرض على الموظف العام إذا علم بعد قبوله العطية الحاضرة بالغرض الحقيقي منها أن يبادر بردها أو إبلاغ السلطات أو اتخاذ أي سلوك آخر يفصح عن رغبته في عدم قبوله لها وفقاً للغرض الحقيقي الذي اكتشفه ، فإن لم يفعل كان سلوكه مخلاً ، من جهة، بالواجب العام الملقى على عاتق سائر شاغلي الوظيفة العامة بالتزام الأمانة والنزاهة والصدق واحترام كرامة الوظيفة ، ومعبراً من جهة أخرى

عن قبوله الاحتفاظ بالعطية رغم علمه بالغرض الحقيقي الذي قدمت من أجله ، وهو ما يشكل قبولاً جديداً من جانب الموظف يفصح عن قصده الجنائي. وفي الحالة الثانية ، فإن علم الموظف اللاحق بالغرض الحقيقي للوعد الذي كان قد قبله معتقداً أنه لا صلة له بعمل تتحقق به مصلحة من بذله ، واستمراره على قبوله ، إنما يفصح عن اتجاه نيه الموظف إلى قبول الوعد بصفته مقابلاً للعمل المطلوب منه ، مما يشكل قبولاً جديداً من جانب الموظف تحقق منذ لحظة العلم بالغرض الحقيقي من الوعد وإقراره هذا الغرض ، وفي الحالين ، يظاهر هذا الرأي عدم تطلب المشرع صورة معينة للقبول .

٣٩ (٥)- إثبات القصد الجنائي :

يثبت القصد الجنائي في جريمة المرتشي بكافة طرق الإثبات ، ومنها البينة والقرائن . ولا يلزم أن يفصح عنه الموظف المرتشي صراحة [1] بالقول

(١) وفي هذا المعنى قررت محكمة النقض المصرية أنه " لا يشترط لتحقق جريمة الرشوة أن يكون صاحب الحاجة قد عرض الرشوة على الموظف العمومي بالقول الصريح بل يكفي أن يكون قام قام بفعل الإعطاء أو العرض دون أن يتحدث مع الموظف مادام قصده من هذا الإعطاء أو العرض - وهو شراء ذمة الموظف - واضحاً من ملابسات الدعوى وقرائن الأحوال فيها ، ومن ثم فإنه لا جدوى للطاعن فيما يثيره في شأن التفات الحكم عن الرد على دفاعه القائم على عجزه عن سماع حديث الضابط إليه وما تقدم به من مستندات تأييداً له" (نقض ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٧٧٣ ، مجموعة الأحكام ، س ٢٣ ، س ٢٤ ، رقم ٢٢٣ ، ص ١٠٨٨) .

وفي نفس المعنى أيضاً :نقض ٥ مارس سنة ١٩٧٢، مجموعة الأحكام ، س ٢٣ ، رقم ٤٦٥ ص ٢٧٨ . نقض ١٢ ديسمبر سنة ١٩٦١ ، مجموعة الأحكام ، س ١٢ ، رقم ٢٠٤ ، ص ٩٨٠ .وجاء فيه " لا يشترط قانوناً لقيام جناية عرض الرشوة أن يصرح الراشي للموظف بقصده من هذا العرض وبأنه يريد شراء ذمته ، بل يكفي أن تدل ظروف الحال على توافر هذا القصد ذلك بأن الركن المعنوي لهذه الجناية شأنه شأن الركن المعنوي لأية جريمة أخرى ، قد يقوم في نفس الجاني وغالباً ما يتكتمه، ولقاضي الموضوع إذا لم يفصح الراشي عن قصده بالقول أو الكتابة- أن يستدل على توافره بكافة طرق الإثبات وبظروف العطاء وملابساته " .

أو الكتـابة ، بل يكفي أن تدل ظروف الحـال على توافـر هذا القصـد، ذلك بأن الركن المعنوي لهذه الجريمة شأنه شـأن الركن المعنوي لأي جريمة أخرى قد يقوم فـي نفس الجاني وغـالباً ما يكـتمه ، ولقـاضي الموضوع إذا لم يـفصح الجـاني عن قصـده بالقـول أو الكتـابة أن يسـتدل على توافـره بكافـة طرق الإثبـات وبظروف العطاء ومـلابسـاته[1]. فـإذا لم يكن بين الموظف ومـقـدم العطاء صلة تحمل على التهادي أو على أن يبر أحدهما بـالآخر، وكان لمقدم العطاء عـمل بين يدي الموظف ، فـإن تقـديمه في هذه الظروف ينطق بـقصـد الرشوة [2].

وقيام القصد الجنائي لدى المرتشي أو انتفاؤه مـسالة مرجعها وقائع كل دعوى على حـدة، يستنتجها الـقاضي من ملابسات الدعـوى وقرائن الأحوال فيـها على أن يكون استنتـاجه متفـقاً مع المنطق والمقبـول . والأصل أن يلتزم قاضي الموضوع بأن يبين في وضـوح توافر القصد الجنائي أو انتفـاؤه ليتيح لمحكمة النقض (التمـييز) أن تباشـــر رقابتهـا على تحديده لفكرة القصـــد الجنائي من الوجهة القـانونيـــة ، غير أن ذلك لا يعني التزامـه بالتحدث عنه صراحة ، بل يـكفي أن يكون مفهومـاً من عبارات الحكم وظروف الواقعـة كما أوردها .

---

(١) نقض مصري ٢٠ يونيو ١٩٧١ . سابق الاشارة إليه . وكذلك حكمة محكمة التمييز بدبي سالف الإشارة إليه .

(٢) الأستاذ أحمد أمين ، شرح قانون العقوبات الأهلي ، ص ٢٦ .

وقد حكم في مصر على متهم بالإدانة لارتكابه شروعاً في رشوة لقيامه بتقديم خطاب إلى مدير قلم الإيرادات ببلدية الاسكندرية يرجوه فيه أن يقبل منه مبلغ مائة جنيه ، وذيل الخطاب ببيان بالشهادات المدرسية التي حصل عليها طالب ، فاعتبرت المحكمة الخطاب المقدم على هذا الوجه لا يدع مجالاً للشك في العمل المطلوب أداؤه في مقابل العطية المقدمة . عن الأستاذ جندي عبدالملك ، الموسوعة الجنائية ، مطبعة الاعتماد ، جـ ٤ ، ط ١ ، ١٩٤١ ، ص ٢٣ .

٤٠ (رابعاً) : عقوبة الرشوة :

جـريمـة الموظف المرتشي في قـانون العـقـوبات الاتحـادي جناية ، وعقوبتها فـيه قد تكون أصلية أو تكميلية أو تبعـية ، وبعض هذه العقوبات قرره المشـرع ضمن النصـوص المجرمة للـرشوة ، وبعضـها يتم القـضاء به تطبـيقـاً للقـواعد العـامة . واسـتـحقـاق المرتشي هذه العـقوبات مـرهون باستكمال الجريمة أركانها وثبوتهـا في حقه فإن تحقق ذلك لم يكن لندمه أو عدوله ، برد مبلغ الرشوة إلى الراشي مثلاً ، أثر في منع معاقبته [١] .

٤١ (١) - العقوبة الأصلية :

وهي السـجن المؤقت بين حديه الأدنـى والأقصى العـامين ، فلا يقل حـده الأدنى عن ثلاث سنوات ولا يزيد حده الأقصى على خـمس عشرة سنة (م٦٨ ع اتحادي) ، إذا كانت الصورة التي وقعت عليها جريمة الموظف المرتشي هي طلب أو قبـول عطية أو مزية من أي نوع أو وعـداً بشيء من ذلك لأداء عمل أو الامتناع عن عـمل إخلالاً بواجبـات وظيفتـه . فإذا كان أداء العـمل أو الامتناع عنه واجـباً تكون العـقـوبة السجن مـدة لا تجـاوز عشـر سنوات (م ٢٣٤ ع اتحادي) وهو ما يتـيح للقاضي الحكم بعقوبة السجن مـدة تتراوح بين الحد الأدنى العام لعـقوبة ا لسجن المؤقت وهو ثلاث سنوات والحد الأقـصى المشار إليـه . أما إذا كـان طلب الموظف أو قبـوله العطية أو الوعـد بها لأداء عـمل أو للامـتناع عن عمل لا يدخل في أعـمـال وظيفـته كـانت العقـوبة السجن مـدة

(١) وفي هذه المعنى قضت محكمة النقض المصرية بأن الموظف العمومي يعد مرتكباً لجريمة الرشوة إذا أخذ هدية أو عطية لتأدية عمل من أعمال وظيفته ولو رد فيما بعد تلك الهدية أو العطية للراشي ولم ينجز ما وعد به . (نقض مصري ٨ يناير ١٩١٧ ، المجموعة الرسمية ، س ١٨ ، ص ٦٧) .

لاتجاوز خمس سنوات [1] (م ٢٣٦ ع اتحادي) .

٤٢ (٢) - العقوبات التكميلية:

قـرر المشـرع إلى جانب العـقـوبة الأصليـة لجـريمة الرشوة عـقـوبتين تكميلتين وجوبتين هما الغـرامة والمصادرة بنصه في المادة ٢٣٨ ع على أن « يحكم على الجاني في جـميع الأحوال المبينة في المواد السابـقة من هذا الفصل (المواد من ٢٣٤ إلى ٢٣٧ من ق . ع) بغرامة تسـاوي ما طلب أو قبل به على ألا تقل عن ألف درهم . كمـا يحكم بمصادرة العطية التي قبلهـا الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة أو التي عرضت عليه » .

أ - الغرامة:

فرض المشرع الـغرامة [2] في جناية الرشوة المرتكبـة من الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة كعقوبة تكمـيلية وجوبية يتعين الحكم بها بالإضافة إلى العقـوبة الأصلية السالبة للحـرية ليرد على مرتكبهـا مقصـــده في الإثراء

(١) اتجه المشرع في بعض الدول إلى تقرير عقوبة سالبة للحرية لجريمة الرشوة تتدرج من حيث مدتها تبعاً لاختلاف قيمة الرشوة . ومن قبيل ذلك ما قرره المشرع الجنائي في كوت دي فوار (ساحل العاج) بالقانون الصادر في ٢٢ يونيو ١٩٧٧ من تدرج في العقاب على هــذه الجريمــة وفقاً لقيمة العطية . فتكون العقوبة السجن لمدة تتراوح بين خمس وعشر سنوات إذا كانت قيمتها أقل من عشرة مليون فرنك ، والسجن مدة لا تقل عن عشر سنوات إذا كانت قيمتها ما بين عشرة وخمس وعشرون مليون فرنك ، والسجن عشرين عاماً إذا كانت قيمتها خمس وعشرون مليون فرنك فاكثر .راجع مؤلفنا سالف الإشارة إليه، ص ١٤٩، هامش (١) .

(٢) عرفت المادة ٧١ من ق . ع الاتحادي عقوبة الغرامة بأنها " إلزام المحكوم عليه أن يدفع للخزينة المبلغ المحكوم به " . وعينت حديها الأدنى والأقصى العامين بما أضافته من أنه " لا يجوز أن تقل الغرامة عن مائة درهم ولا أن يزيد حدها الأقصى عن مائة ألف درهم في الجنايات وثلاثين ألف درهم في الجنح وذلك كله ما لم ينص القانون على خلافه " .

غير المشروع الذي يدفع عادة إلى ارتكابها. وهي ، في هذه الجناية ، عقوبة تكميلية لا توقع بمفردها وإنما مع العقوبة الأصلية [1] . كما أنها وجوبية ، فلا يكون للقاضي سلطة في تقرير ملاءمة الحكم بها والاعفاء منها. وعليه الحكم بها في كافة الأحوال حتى ولو لم يتسلم المرتشي الفائدة أو ردها للراشي بعد استلامها . وإذا لم ينطق بها في حكمه المتضمن للعقوبة الأصلية كان الحكم غير صحيح مما يوجب تصحيحه بالنص فيه عليها.

ولهذه الغرامة ، كما يقضي نص المادة ٢٣٨ ع، حد أدنى ثابت هو ألف درهم ، وحد أقصى نسبي أو متغير مساو لقيمة الفائدة التي حصل عليها المرتشي أو التي كان يأمل جنيها من وراء جريمته . وثبات الحد الأدنى للغرامة يستهدف تحقيق الردع فيما لو كانت الفائدة أقل من هذا الحد أو كانت الفائدة معنوية لا تقوم بمال . أما نسبية حدها الأقصى فهدفها مواجهة تزايد خطورة الجريمة بتزايد قيمة ما حصل عليه المرتشي أو ما كان يأمل الحصول عليه من فائدة . وهي على هذا غرامة نسبية بالنظر لتحديد المشرع حدها الأقصى بقيمة الفائدة موضوع القبول أو الطلب ، ولكنها غرامة نسبية ناقصة لأن المشرع قيد حدها الأدنى بما لا يقل عن ألف درهم.

---

(١) وهي نفسها عقوبة أصلية للرشوة في التقنينات العقابية لبعض الدول ، كقانون العقوبات النرويجي (م ١١٢) والنيوزلندي (م ١٧٧) والأسباني (م ٣٩٠) واليوناني (م ٢٣٥) . وفي بعض التقنينات العقابية الأخرى قد تكون عقوبة أصلية أو تكميلية وفقاً لتقدير القاضي . ومثال ذلك ما تنص عليه المادة الأولى من نظام مكافحة الرشوة السعودي الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣٦ وتاريخ ١٤١٢/١٢/٢٩ هـ بنصه من أن " كل موظف عام طلب لنفسه أو لغيره أو قبل أو أخذ وعداً أو عطية لأداء عمل من أعمال وظيفته أو يزعم أنه من أعمال وظيفته يعد مرتشياً ويعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز عشر سنوات وبغرامة لا تزيد عن مليون ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين ... " .

والغرامة النسبية لا تتعدد ، كما هو الحال في الغرامة العادية ، إذا حكم على جمله متهمين بحكم واحد وبجريمة واحدة ، بل يحكم عليهم جميعاً سواء كانوا فاعلين أم شركاء بغرامة واحدة هي الغرامة المقررة للجريمة ، ويلزمون بها متضامنين إعمالاً لما تقضي به المادة ٧٢ من ق . ع من أنه « إذا حكم بالغرامة على عدة متهمين بحكم واحد في جريمة واحدة سواء أكانوا فاعلين أم شركاء وقعت المحكمة الغرامة على كل منهم على انفراد ما لم تكن الغرامة المحكوم بها غرامة نسبية فيكون المتهمون ملتزمين بها على وجه التضامن إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك» . ومؤدى ذلك أنه لو تعدد المرتشون في جريمة واحدة التزموا بدفع مبلغ الغرامة متضامنين . غير أنهم إن تعددوا واختلف نصيب كل منهم في الرشوة فإن الغرامة الواجب الحكم بها في هذه الحالة تحدد حسب نصيب كل منهم في الرشوة .

وإذا توافرت ظروف مخففة رأت معها المحكمة معاملة المتهم بالرأفة واستعمال المكنة المخولة لها في النزول بالعقوبة الأصلية استناداً لنص المادة ٩٨ من ق . ع المتعلقة بالظروف القضائية المخففة ، لم يكن لذلك أثر على الغرامة فتظل محصورة بين حديها الأدنى والأقصى على النحو الوارد بالمادة ٢٣٨ع نظراً لاقتصار نطاق المادة ٩٨ع على العقوبة الأصلية للجريمة.

ب - المصادرة :

المصادرة ، في جريمة الرشوة ، هي العقوبة التكميلية الثانية التي قررها المشرع ، بالإضافة إلى العقوبة الأصلية ، حتى لا يفيد المرتشي من ثمار جريمته . وهي ترد على ما دفعه أو سلمه الراشي أو الوسيط إلى الموظف المرتشي من فائدة مادية تقبل الحكم بمصادرتها كالنقود أو المجوهرات أو

غير ذلك [1] . فيصلح محلاً لها كافة صور الأموال التي يكون الراشي قد سلمها إلى المرتشي ، ولا عبرة بطريقة تسليم الفائدة المادية إلى المرتشي . فيستوي أن يكون التسليم حقيقياً أو رمزياً ، لذات الموظف المرتشي أو لغيره ممن عينه لذلك أو ممن أنابه . لذا يستوي أن تضبط العطية موضوع الرشوة في حوزة المرتشي نفسه أو في حوزة شخص آخر من طرفه كزوجة أو ابنة .

ولا تقع المصادرة إلا على مال مضبوط . فلا تسري من ثم إن كانت الرشوة محض فائدة معنوية ، كتعيين الأقارب أو الترقيه ، أو كانت مجرد وعد بعطية. ويتساوى مع ذلك الفائدة المادية إذا تعذر ضبطها لأخفاء المتهم لها أو إذا كانت قد استهلكت أو هلكت أو حتى اتلفت بفعله . ولا مجال لها إذا كان الحكم بها يشكل إخلالاً بحقوق الغير حسني النية وفقا لنص الماد٨٢ ع. فلو كان موضوع الرشوة سيارة مسروقة قدمت إلى المرتشي فان مصادرتها لا تصح ويكون لمالكها حق استردادها مادام أنه من الغير حسني النية ، وهو يعد كذلك متى كان أجنبياً عن مشروع الرشوة لم يساهم فيه [2] .

---

(١) تطبيقاً لذلك قضى في المملكة العربية السعودية بأن المصادرة ممكنة عملاً بالنسب لمبلغ الشيك المضبوط المقدم كرشوة . القرار هـ/٢/٢١٨ لعام ١٤٠٢ هظ في القضية رقم ٥٣٧/١/ق لعام ١٤٠٢ ، ديوان المظالم ، الإصدار الجزائي الثالث ، ص ٣٣٠ - ٣٣١ ، وبأن مبلغ الشيك - الموقوف صرفه - مادام لم يحجز لدى البنك حتى الانتهاء من المحاكمة فإن مصادرته تصبح غير ممكنة ولا يبقى بعد ذلك في الأوراق سوى ورقة الشيك التي ترى الهيئة الاكتفاء بإلغائها . القرار هـ/٢/١٤٠٢ لعام ١٤٠٢هـ سابق الإشارة إليه ، ص ٢٠١ .

(٢) وفي هذا المعنى قضي في مصر بأن " حكم المادة ١١٠ من قانون العقوبات - المقابلة للمادة ٢٣٨ من قانون العقوبات الاتحادي - يجب أن يفهم في ضوء ما هو مقرر في الفقرة الأولى من المادة ٣٠ منه - المقابلة للمادة ٨٢ من ق . ع الاتحادي - التي توجب كأصل عام حماية حقوق الغير حسني النية، ويندرج تحت معنى الغير كل من كان أجنبياً عن الجريمة " . (نقض مصري ٩ أكتوبر ١٩٦٧ ، مجموعة الأحكام ، س ١٨ ، رقم ١٩٢ ، ص ٩٥٠) . =

والمصادرة في جريمة الرشوة عقوبة وجوبية يحكم بها ولو كانت الأشياء المضبوطة مما يباح حيازتها ، وهو ما يعد استثناء من القاعدة العامة المقررة بالمادة ٨٢ من ق . ع الاتحادي التي تجعل الحكم بها جوازياً للقاضي ، إلا إذا كانت الأشياء المضبوطة التي تحصلت من الجريمة من التي يعد صنعها أو استعمالها أو حيازتها أو بيعها أو عرضها للبيع جريمة في ذاته . فقد كان مقتضى ذلك اعتبار المصادرة في جريمة الرشوة عقوبة جوازية [1] . وخروج المشرع على ذلك يفهم في إطار سياسته المتشددة في العقاب على الرشوة .

٤٣ (٣)- العقوبات التبعية :

يترتب على الحكم بالعقوبة الأصلية للرشوة ، باعتبارها عقوبة جناية ، العقوبات التبعية التالية :

(١) حرمان المحكوم عليه من كل الحقوق والمزايا المنصوص عليها في المادة ٧٥ ع اتحادي ، وهي :

أ- أن يكون ناخباً أو عضواً في المجالس التشريعية أو الاستشارية .

ب - أن يكون عضواً في المجالس البلدية أو مجالس إدارة الهيئات أو

= وتأكيداً لنفس المعنى قضت المحكمة الاتحادية العليا بأنه " لما كان من المقرر قانوناً أن القضاء بالعقوبة يحكمه مبدأ أساسي لا يرد عليه استثناء هو مبدأ شخصية العقوبة ومقتضاه ألا يحكم بعقوبة أياً كان نوعها إلا على من ارتكب الجريمة أو شارك فيها ، فإنه ينبني على ذلك أنه إذا نص القانون على مصادرة الأشياء المستخدمة في الجريمة فيجب تفسير ذلك على هدي قاعدة حماية حقوق الغير حسن النية " .(المحكمة الاتحادية العليا، جلسة ١٩ مارس ١٩٨٤، الطعن رقم ٩ لسنة ٦ القضائية، أهم الأحكام والمبادىء الجزائية التي قررتها المحكمة الاتحادية العليا، جمعية الحقوقيين، الإمارات العربية المتحدة، ص ٢٢٩) .

(١) وهو ما تنتهجه بعض التشريعات الجنائية بعدم تضمنها نصاً خاصاً يقضي بالمصادرة في جريمة الرشوة تاركة أمر الحكم بها جوازياً للقاضي وفقاً للقواعد العامة في مصادرة الأشياء المتحصلة من الجريمة . ومن أمثلة ذلك قانون العقوبات اللبناني والسوري والليبي .

المؤسسات العامة أو الجمعيات أو المؤسسات ذات النفع العام أو شركات المساهمة أو مديراً لها .

ج- أن يكون وصياً أو قيماً أو وكيلاً .

د - أن يحمل أوسمة وطنية أو أجنبية .

هـ- أن يحمل السلاح .

ولا يجوز أن تزيد مدة الحرمان على ثلاث سنوات من تاريخ الانتهاء من تنفيذ العقوبة .

(٢) عدم جواز التصرف في أمواله خلال مدة سجنه إلا بإذن من المحكمة المدنية أو الشرعية المختصة التابع لها محل إقامته . ويقع باطلاً كل تصرف يبرمه المحكوم عليه بالمخالفة لذلك . (م ٧٦ ع) .

(٣) حرمان المحكوم عليه من إدارة أمواله خلال مدة سجنه (م ٧٧ ع) .

(٤) الوضع تحت مراقبة الشرطة بعد انقضاء العقوبة مدة مساوية لمدة العقوبة على أن لا تزيد على خمس سنوات (م ٧٩) .

(٥) عزل الموظف العام من وظيفته [1] (م ٧٨ ع) .

---

(١) وثمة صورة ثانية للعزل من الوظيفة العامة باعتباره عقوبة تكميلية جوازية نصت عليها المادة ٨١ ع اتحادي بإجازتها للمحكمة عند الحكم في جناية الرشوة بعقوبة الحبس ، إعمالاً لسلطتها التقديرية في تطبيق الظروف المخففة وفقاً للمادة ٩٨ ع اتحادي ، أن تحكم على الموظف العام بالعزل مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات . كما أن لها كذلك ، حسبما يقضي نص المادة ٨٠ ع اتحادي ، أن تأمر بحرمان المحكوم عليه من حق أو مزية أو أكثر مما ورد النص عليه في المادة ٧٥ ع وذلك لمدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات .

المطلب الثاني

المكافأة اللاحقة

تتضمن التشريعات الجنائية في العديد من دول العالم نصوصاً تحظر على الموظف العام الذي يؤدي بالفعل عملاً من أعمال وظيفته أو يمتنع عن أدائه أو يخل بواجبات وظيفته دون اتفاق سابق على الرشوة مع صاحب المصلحة ، أن يطلب أو يقبل بعد هذا الأداء أو الامتناع أو الإخلال مكافأة عنه أو وعداً بها[1] لما ينطوي عليه ذلك من إهدار نزاهة الوظيفة العامة ذاتها وما ينبغي لها من كرامة وهيبة وثقة، وحط من شأنها بإنزالها منزلة الخدمات الخاصة التي تبذل في سبيل الحصول عليها العطايا والاكراميات، وما يستتبعه ذلك من إغواء للموظف على الاتجار بأعمال وظيفته مستقبلاً .

---

(١) من أمثلة هذه التشريعات قانون العقوبات الإيطالي (م ٢/٣١٨) وعقوبة المكافأة اللاحقة فيه أقل من عقوبة الرشوة في صورتها العادية ، والياباني (م ٣/١٩٧) ، والزائيري (م ١٥٠ /٣) والسوري (م ٣٤٦) ، والتونسي (م ٨٥) والبحريني (م ١٨٨) ، والكويتي (م ٣٦) واليمني الجديد (م١٥٣) . وعلى خلافها ، قانون العقوبات الفرنسي الجديد الذي دخل حيز التنفيذ في أول مارس ١٩٩٤ . إذا استمر محافظاً على مسلك القانون القديم فلم يتضمن نصاً يعاقب على المكافأة اللاحقة باعتبار أن الاتجار بالوظيفة لا يتحقق إلا إذا كان المقابل ، عطية كان أو وعداً بها ، سابقاً على أداء العمل أو الامتناع عنه أو الإخلال بواجبات الوظيفة . ومع ذلك فقد جرى قضاء محكمة النقض الفرنسية على أن تلقي مكافآت لاحقة بصورة دائمة ومنتظمة عن أعمال قام بها الموظف يشكل جريمة الرشوة في حقه نظراً لما ينطوي عليه ذلك من دلالة على الاتفاق السابق بين الطرفين على موضوع العمل المكافأ عنه ، وما تمثله العطايا في هذه الحالة من مكافأة على أعمال سابقة ومقابل لمحاباة وخدمات مستقبلة ، أو على ما تقول محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث لها فإن " العطايا التي تكافىء أعمالاً تمت تستهدف تسهيل خدمات مستقبلة " (نقض فرنسي ٢٩ سبتمبر ١٩٩٣ . مشار إليه لدى :

Michel Véron, Droit pénal spécial, 5e édition, Paris, Masson/ Armand Colin, 1996, p.268.

ومع أن هذه الصورة من المكافاة تتجرد من معنى الاتجار بالوظيفة لافتراضها عدم وجود أي اتفاق مسبق بين الموظف وصاحب المصلحة على مبادلة العطية أو الوعد بها بما يقوم به الأول من أداء لعمل أو امتناع عنه أو إخلال بواجبات وظيفته ، إلا أن خطورتها على الوظيفة العامة ونيلها من كرامتها وهيبتها ، حدت بالمشرع الإماراتي إلى تأثيمها فنص في المادة ٢٣٥ من ق. ع الاتحادي على أن « يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات كل موظف عام أو مكلف بخدمة عامة طلب أو قبل لنفسه أو لغيره عطية أو مزية من أي نوع عقب تمام العمل أو الامتناع عنه إخلالاً بواجبات وظيفته . فإذا كان أداء العمل أو الامتناع عنه واجباً تكون العقوبة الحبس» .

والنموذج القانوني لجريمة المكافاة اللاحقة ، حسبما يستخلص من نص المادة ٢٣٥ ع ، يتحقق بتوافر صفة الموظف أو المكلف بخدمة عامة في الجاني ، وركن مادي قوامه طلب الموظف (أو المكلف بخدمة عامة) أو قبوله لنفسه أو لغيره عطية أو مزية من أي نوع عقب تمام العمل أو الامتناع عنه أو إخلاله بواجبات وظيفته ، وركن معنوي يتخذ صورة القصد الجنائي.

٤٤ (١) - صفة الموظف العام في الجاني:

يتطلب النموذج القانوني لجريمة المكافاة اللاحقة أن يكون الفاعل موظفاً عاماً أو مكلفاً بخدمة عامة . فلا تقع الجريمة من المستخدم لدى فرد أو هيئة خاصة . وتتحدد الصفة المشار إليها وفقاً للمادة الخامسة من قانون العقوبات الاتحادي على النحو السالف بيانه .

٤٥ (٢) - الركن المادي:

يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة بطلب الموظف العام (أو المكلف بخدمة عامة) أو قبوله هدية أو عطية أو أية مزية بالمعنى السالف بيانه عند عرض

الركن المادي لجريمة الرشوة ، وذلك كمكافأة له على قيامه من تلقاء نفسه ودون اتفاق بينه وبين صاحب المصلحة على فائدة أو عطية بإتمام عمل من أعمال الوظيفة أو الامتناع عنه أو الإخلال بواجباتها . فقيام هذا الركن مرهون، من ثم ، بتوافر عنصرين : (أولهما) قيام الموظف بأداء عمل أو الامتناع عن عمل إخلالاً بواجبات الوظيفة ، أو قيامه بعمل حق ومفروض بموجب الوظيفة ، سواء أكان إيجابياً أم مجرد امتناع . و (ثانيهما) طلبه أو قبوله اللاحق على ذلك لفائدة أو عطية من صاحب المصلحة المقضية .

ويفترض النموذج القانوني لجريمة المكافأة اللاحقة ، حسبما يستخلص من نص المادة ٢٣٥ ع ، أن يؤدي الموظف بالفعل أعمال وظيفته أو يمتنع عن القيام بها أو يخل بواجباتها ، دون أى اتفاق بينه وبين صاحب المصلحة على أن يكون ذلك نظير فائدة ، ثم يطلب أو يقبل فيما بعد مكافأة عن ذلك ، أي أنه يقوم بالعمل ثم يكافأ من قبل صاحب المصلحة بعد ذلك . وهي تفترق بذلك عن جريمة الرشوة التي تفترض تبادل الموظف وصاحب الحاجة المنفعة تبادلاً يحقق معنى الاتجار بالوظيفة العامة حيث يتعين في نموذجها القانوني أن يتم النشاط الإجرامي للموظف المتمثل في طلبه أو قبوله ، قبل قيامه بتنفيذ العمل سبب الرشوة .

وقد قيل (١) أن الفرق بين جريمة الرشوة المنصوص عليها في المادة ٢٣٤ ع وجريمة المكافأة اللاحقة المنصوص عليها في المادة ٢٣٥ ع يتمثل في أنه إذا توافر اتفاق بين الموظف وصاحب المصلحة على امتناع الموظف عن أداء عمل معين أو للإخلال بواجبات وظيفته انطبقت المادة ٢٣٤ ع ، يستوي في ذلك أن يكون العطاء لاحقاً عليه مادام الامتناع أو الإخلال كان تنفيذاً لاتفاق سابق .. إذ أن نية الاتجار بالوظيفة في هذه الحالة تكون قائمة منذ بداية الأمر بدلالة

(١) د . حسن ربيع ، الرشوة، مقالة سابق الإشارة إليها ، ص ٢٩٦ .

تعمد الإخلال بواجبات الوظيفة . أما إذا أدى الموظف عمله أو امتنع عنه أو أخل بواجبات وظيفته دون أن يسبقه اتفاق على أداء العمل أو الامتناع عنه أو الإخلال بواجبات ثم طلب عطية أو قدمها له صاحب الحاجة بقصد مكافاته على ذلك فقبلها الموظف انطبقت المادة ٢٣٥ ع .

وهذا الفهم ، وإن اتسق مع صور وأحكام التجريم والعقاب على المكافاة اللاحقة في بعض التشريعات كالتشريع المصري على سبيل المثال ، إلا أنه في التشريع الإماراتي غير قائم على أساس . فالنموذج القانوني لجريمة المكافاة اللاحقة حسبما يستخلص من نص المادة ٢٣٥ من ق . ع الاتحادي يفترض عدم انعقاد أي اتفاق بين الموظف وصاحب المصلحة ، قبل قيام الأول بتنفيذ العمل المطلوب ، على مبادلة العمل الوظيفي بالفائدة أو العطاء . فالأول ، وفق ما يقتضيه هذا النموذج ، يقوم بالعمل الوظيفي المطلوب منه دون أن تراوده لحظة تنفيذه فكرة الحصول على عطية أو وعد بها كمقابل ، ثم يكافئه الثاني على ما قام به أو يطالبه الأول بعد تمام التنفيذ بذلك .

ومفترض هذه الجريمة في قانون العقوبات الإماراتي أن يتم تنفيذ العمل الوظيفي المطلوب وبعده تجيء مطالبة الموظف أو قبوله للعطية أو الوعد بها كمكافأة عما أداه ، وهو ما بينته بوضوح المادة ٢٣٥ ع بنصها على عقاب الموظف الذي يطلب أو يقبل عطية أو مزية من أي نوع " عقب تمام " العمل أو الامتناع عنه أو الإخلال بواجبات الوظيفة . ولا يجري هذا القانون في شأن المكافأة اللاحقة تفرقة ، من حيث التجريم وشدة العقاب ، بحسب ما إذا كانت مسبوقة باتفاق على أداء العمل أو الامتناع عنه أو الإخلال بواجبات الوظيفة

دونما اتفـاق على الفائدة أو المقـابل ، أو غيـر مسـبوقـة بهذا الاتفـاق [1] ، مما مقـتضاه شـمول التـأثيم والعقاب وفـقاً للمادة ٢٣٥ ع مـسلك الموظف الذي يتفق مع صاحب المصلحة على أداء عمل من أعـمال وظيفته أو الامتناع عنه أو الإخلال بواجبات الوظيفة دونما اتفاق على مكافأة أو مقابل ثم يطلب أو يقبل عطية أو هدية أو وعداً بعد تمام العـمل المطلوب . ولا تقع بهذا السلوك جريمة الرشـوة إلا إذا شمل اتفـاق الموظف وصاحـب الحاجـة الفائدة أو المقـابل ، أو تضمن في ذاته طلباً أو قبـولاً ضمنياً لعطية أو وعد بها . فـبهذا الاتفاق ذاته تقوم جريمة الرشوة في صـورتها العادية بحسبان أنه يكفي لقيـامها مجرد

(١) كما هو الحال في القانون المصري الذي يفرق بين صورتين يتحقق وفقاً لهما النموذج القانوني لجريمة المكافأة اللاحقة ، (أولاهما) تستخلص من نص المادة ١٠٤ ع التي تقرر أن "كل موظف عمومي طلب لنفسه أو لغيره أو قبل أو أخذ وعداً أو عطية للامتناع عن عمل من أعمال وظيفته أو للإخلال بواجباتها أولمكافأته على ما وقع منه من ذلك يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة وضعف الغرامة المذكورة في المادة ١٠٣ من هذا القانون " .و (الثانية) تنص عليها المادة ١٠٥ ع بما تقرره من أن " كل موظف عمومي قبل من شخص أدى له عملاً من أعمال وظيفته أو امتنع عن أداء عمل من أعمالها أو أخل بواجباتها ، هدية أو عطية بعد تمام ذلك العمل أو الامتناع عنه أو الإخلال بواجبات وظيفته بقصد المكافأة على ذلك وبغير اتفاق سابق يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه " . وفي بيان الفرق بين الجريمتين قضت محكمة النقض المصرية بأنه " إذا توافر اتفاق بين الموظف وصاحب المصلحة على امتناع الموظف عن أداء عمل معين أو للإخلال بواجبات وظيفته انطبقت المادة ١٠٤ عقوبات ، يستوي في ذلك أن يكون العطاء سابقاً أو معاصراً للامتناع أو الإخلال أو أن يكون العطاء لاحقاً عليه مادام الامتناع أو الإخلال كان تنفيذاً لاتفاق سابق . إذ أن نية الاتجار بالوظيفة في هذه الحالة تكون قائمة منذ بداية الأمر بدلالة تعمد الإخلال بواجبات الوظيفة . أما إذا أدى الموظف عمله أو امتنع عنه أو أخل بواجبات وظيفته دون أن يسبقه اتفاق مع الراشي على أداء العمل أو الامتناع عنه أو الإخلال ثم طالب بمكافأته انطبقت المادة ١٠٥ من قانون العقوبات". (نقض مصري ١٦ مارس ١٩٧٠ ، مجموعة الأحكام ، س ٢١ ، رقم ٩٨ ، ص٣٩٨).

طلب الموظف أو قبوله الرشوة أو وعداً بها .

ويكفي لتحقق الركن المادي للجريمة مجرد طلب الموظف أو قبوله العطية أو الوعد بعد تنفيذه العمل ، فلا يقوم هذا الركن إلا إذا نفذ العمل الوظيفي بالفعل ثم طلبت أو قبلت المكافاة من بعد . ولا يشترط لطلب الموظف شكل خاص ، أو أن يقوم به بنفسه أو يقوم شخص آخر بمباشرته باسمه ولحسابه . ويستوي أن تكون المكافاة المطلوبة مادية أو معنوية ، للموظف نفسه أو لغيره . وبصدور الطلب تقوم الجريمة تامة متى توافرت باقي أركانها ، حتى ولو لم يلق هذا الطلب قبولاً من صاحب المصلحة [1] . أما القبول ، فقد يتخذ صورة الأخذ إذا كان الأمر يتعلق بفائدة أو عطية حالة كما لو تم تسليم العطية أو تحقيق الانتفاع الفعلي بالفائدة ، وقد يكون قبولاً لفائدة أو عطية مؤجلة ، أي لوعد أو عطية مستقبلة . فيعد قبولاً وفقاً للمادة ٢٣٥ ع أخذ الموظف لعطية حالة أسوة بقبول الوعد بعطية مستقبلة . ولا عبرة بشكل القبول ، فقد يقع في عبارة صريحة أو بتصرف يفيد معناه .

٤٦ (٣) - الركن المعنوي:

جريمة طلب أو قبول عطية أو فائدة لاحقة على تمام العمل أو الامتناع أو

(١) من التطبيقات القضائية لطلب عطية لاحقة ما حكم به في المملكة العربية السعودية من توافر أركان جريمة المكافأة اللاحقة في حق متهم يعمل بقسم التعويضات بوزارة المواصلات لطلبه من أحد المواطنين مكافأة " اكرامية " مقابل ما تم من إنجاز معاملة له (القرار رقم هـ/٥١ لعام ١٤٠١ هـ ، الصادر في القضية رقم ١/٧٢١/ق لعام ١٤٠٠ هـ بجلسة ١٤٠١/٢/٢ هظ . ديوان المظالم ، الإصدار الجزائي الثاني ، ص ٢٨٢) ومعاقبة متهمين لثبوت ارتكابهما جريمة طلب وأخذ رشوة لمكافأتهما على ما وقع منهما من مساعدة المؤجر صاحب الدار على زيادة الأجرة ، سواء كان ذلك باتفاق أو بدون اتفاق سابق (القرار هـ/١٤٦/٢ لعام ١٤٠٢ هـ ، الإصدار الجزائي الثالث ، ص ٢٨٠) .

الإخلال بواجبات الوظيفة ، حسبما تنص عليها المادة ٢٣٥ ع ، جريمة عمدية يلزم لقيامها قانوناً توافر القصد الجنائي لدى الفاعل . ويتحقق ذلك بتوجيه إرادته نحو طلب الفائدة أو قبولها مع علمه بأنها ليست سوى مكافأة على ما قام به من عمل أو امتناع أو إخلال بواجبات وظيفته ، أي أن علمه بالصلة بين العطية أو الفائدة التي طلبها أو قبلها وبين العمل الوظيفي الذي أنجزه يجب أن يكون متوافراً . وتبعاً لذلك ، ينتفي القصد الجنائي لدى الموظف إذا وقع في غلط ينصب على حقيقة المكافأة المقدمة إليه ، كما لو اعتقد أن تقديم الهدية أو المكافأة إليه مبعثه صلة صداقة أو قرابة تربطه بصاحب المصلحة. كما ينتفي القصد كذلك بتخلف إرادة طلب المكافأة أو قبولها، كما لو وضع صاحب المصلحة في درج مكتب الموظف مبلغاً من النقود دون أن تنصرف إرادة الأخير إلى أخذه .

٤٧ (٤) - العقوبة:

لجريمة المكافأة اللاحقة في قانون العقوبات الإماراتي وصفا الجناية والجنحة . فتكون الجريمة جناية عقوبتها السجن مدة لا تزيد على عشر سنوات إذا كان العمل الذي أتمه الموظف أو امتنع عنه مخلاً بواجبات وظيفته ، وتكون جنحة عقوبتها الحبس بين حديه العامين المنصوص عليهما في المادة ٦٩ ع إذا كان أداء العمل أو الامتناع عنه واجباً ، ويحكم على الجاني في الحالتين بالغرامة النسبية والمصادرة وفقاً للقواعد السابق عرضها عند الحديث عن عقوبة جريمة الرشوة . فضلاً عن خضوعه في الحالة الأولى للعقوبات التبعية المنصوص عليها في المواد ٧٥ وما بعدها على النحو السابق عرضه ، وتعرضه في الحالة الثانية للعقوبة التكميلية الجوازية المنصوص عليها في المادة ٨١ ع (العزل مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات) .

المبحث الثالث

حظر إفشاء الأسرار الوظيفية ومدى تأثيم الإخلال به جنائياً

تتيح الوظيفة العامة لشاغلها الاطلاع على أمور وأسرار تتعلق بالدولة أو بالأفراد لم يكن في مقدوره العلم بها لولا اضطلاعه بأعباء الوظيفة التي يشغلها . لذا تحظر قوانين الخدمة المدنية في الدول المختلفة على الموظف العام إفشاء هذه الأسرار الوظيفية حفاظاً عل الصالح العام أو الخاص لمن تتعلق به هذه الأسرار . ويعد هذا الواجب ، الذي يطلق عليه اصطلاحاً واجب الكتمان ، من أهم الالتزامات السلبية التي تقع على عاتق الموظف العام . وقد ورد النص عليه صراحة في قانون الخدمة المدنية الاتحادي [1] ، وحرص المشرع على إلزام الموظف به حتى بعد تركه الخدمة العام حسبما تفصح عن ذلك المادة ٤٠ من القانون الاتحادي رقم (١٠) لسنة ١٩٩٢ بإصدار قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية [2] ، كما أثم في قانون العقوبات

(١) تحظر المادة ٦٢ من قانون الخدمة المدنية في الحكومة الاتحادية على الموظف : " ١ - أن يفشي الأمور التي يطلع عليها بحكم وظيفته إذا كانت سرية بطبيعتها. ٢- أن يحتفظ لنفسه بأصل أية ورقة من الأوراق الرسمية ولو كانت خاصة بعمل كلف به . ويورد الحظر ذاته ، مع تحديد مداه ونطاقه، البند خامساً/١١من مشروع المدونة الدولية لسلوك الموظفين العامين بنصه على أنه " لايجوز للموظفين العامين أن يبوحوا لأي فرد من الجمهور، سواء شفاهة أو كتابة، بأي معلومات سرية يكونوا قد اطلعوا عليها بحكم منصبهم أو أثناء القيام بمهامهم، إلا إذا حصلوا على إذن رسمي صريح بذلك . ولا يجوز للموظفين العامين ، إلا اذا كانوا ملزمين قانوناً بالقيام بذلك ، إفشاء أى معلومات قد تضر بالأمن القومي أو بمصالح أفراد أو جماعات أو غير ذلك من الهيئات . وتسري هذه القيود ايضاً بعد انتهاء الخدمة ".

(٢) إذ تنص المادة ٤٠ من القانون المذكور على أنه " لا تقبل شهادة الموظفين والمستخدمين والمكلفين بخدمة عامة ولو بعد تركهم العمل عما يكون قد وصل إلى علمهم في أثناء قيامهم=

الاتحادي بعض حالات الإخلال بهذا الواجب ، ومن قبيل ذلك :

(١) تجريم إفشاء الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة ما أؤتمن عليه من أسرار الدفاع . إذ تقضي المادة ١٥٩ من قانون العقوبات الاتحادي بأن « يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنين كل موظف عام أو مكلف بخدمة عام أفشى سراً أؤتمن عليه من أسرار الدفاع عن الدولة. وتكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن خمس سنوات إذا وقعت الجريمة في زمن الحرب» .

والمفهوم أن هذه المادة لا تنطبق في الأحوال التي يتم فيها الإفشاء لدولة أجنبية أو إلى أحد ممن يعملون لمصلحتها لأن هذا الفرض تنطبق عليه المادة ١٥٨ عقوبات اتحادي التي تقرر لهذا الفعل عقوبة الإعدام أو السجن المؤبد .

ويعتبر سراً من أسرار الدفاع عن الدولة ، على ما تقضي المادة ١٧٠ عقوبات اتحادي :

١ - المعلومات الحربية والسياسية والاقتصادية التي لا يعلمها بحكم طبيعتها إلا الأشخاص الذين لهم صفة ذلك والتي تقتضي مصلحة الدفاع عن البلاد أن تبقى سراً على من عداهم .

٢ - المكاتبات والمحررات والوثائق والرسوم والخرائط والتصميمات والصور وغيرها من الأشياء التي قد يؤدي كشفها إلى إفشاء معلومات مما أشير إليه في الفقرة السابق والتي تقتضي مصلحة الدفاع عن البلاد أن تبقى سراً على غير من يناط بهم حفظها أو استعمالها

٣ - الاخبار والمعلومات المتعلقة بالقوات المسلحة وتشكيلاتها وتحركاتها وعتادها وتموينها وأفرادها وغير ذلك مما له مساس

= به من معلومات ولم تأذن السلطة المختصة في إذاعتها ومع ذلك فلهذه السلطة أن تأذن لهم في الشهادة بناء على طلب المحكمة أو أحد الخصوم " .

بالشئون العسكرية والخطط الحربية ما لم يكن قد صدر إذن كتابي من السلطات العسكرية بنشره وإذاعته .

٤ - الأخبار والمعلومات المتعلقة بالتدابير والإجراءات التي تتخذ لكشف الجرائم المنصوص عليها في هذا الفصل وضبط الجناة وكذلك الأخبار والمعلومات الخاصة بسير التحقيق والمحاكمة إذا حظرت سلطات التحقيق أو المحكمة المختصة إذاعتها .

واستناداً إلى نص هذه المادة فإنه يلزم في محل الإفشاء أن يكون من الأسرار وأن يكون متعلقاً بالدفاع .

أ - الأسرار:

ويقصد بها كل المعلومات أو الوثائق أو الأشياء التي لا يجب أن يحاط بها علماً إلا من كان له صفة في ذلك . وكثيراً ما يجري الفقهاء على التفرقة بين الأسرار الطبيعية والأسرار الحكمية ، ويقصد بالنوع الأول ، تلك التي تستوجب حقيقتها ، أو مضمونها أو صفتها وخصائصها الذاتية أن تحاط بالكتمان وتبقى محجوبة عن غير من كلف بالمحافظة عليها ومنها خطط الدفاع أو الهجوم العسكرية أثناء الحرب ومدى استعداد الوحدات العسكرية وتكوينها ومهامها وتوزيع قطع السلاح البحري والجوي ، أما النوع الثاني: فإنه لا يعد في ذاته من الأسرار وإنما يعتبر كذلك بموجب أمر من الحكومة ، أو لأن في إذاعته ما يؤدي إلى الوقوف على جوهر السر أو مضمونه الحقيقي.

وسواء كان السر المتعلق بالدفاع طبيعياً أو حكمياً ، فالصفة المشتركة بينهما هو كونه غير جائز العلم به من جانب الأغيار ، ويستوي في هذا المقام أن يكون السر مادياً ، أي ذا كيان مادي ملموس، أو معنوياً يمثل فكرة أو معلومة غير مثبتة في وثيقة . والأصل أن تبقى للمعلومات أو الوثائق أو

الأشياء صفة السرية إلى أن ترغب الدولة صاحبته في اذاعته أو إعلانه ، فإن زالت الصفة السرية ، فلا يبقى التجريم قائماً . على أنه إن حدث الافشاء والتسليم – بغير إرادة الدولة – فلا تزول عن المعلومات أو الأشياء صفة السرية بحيث لو أفشيت مرة أخرى أو سلمت ، كان من الممكن أن تقع الجريمة تامة ما لم تكن الاذاعة قد ترتب عليها علم الكافة أو الغالبية – بالمعلومات على النحو الذي تزول به عنها هذه الصفة .

ولا يشترط للعقاب على إفشاء الوثائق والمعلومات السرية أن تكون جميعها كاملة أو صحيحة أو طبق الأصل أو أن تكون هي نفسها الأصل ، فإن وجد نقص في بعض أجزائها أو خطأ أو تحريف فإن ذلك لا يمنع قيام الجريمة واستحقاق العقاب . ولا يشترط أيضاً أن يكون السر على قدر كبير من الخطورة والأهمية ، فيستوي في التجريم أن تكون الآراء المفضى بها رئسية أو ثانوية ، هامة أو ضئيلة الخطورة . ولا يمنع صفة السرية وتوافرها في الشيء كونه ظاهراً للناس كالمطارات والمصانع العسكرية التي تقع عليها أعين كثيرين من الضباط أو الجنود أو العمال ، لأن عدد هؤلاء الذي يعرفونه مازال محدداً بطائفة مخصوصة من رجال الجيش أو العمال والموظفين المدنيين الملتحقين بها ، ولأن أولئك هم حفظة هذه الأسرار .

والأصل أن إضفاء صفة السرية على المعلومات أو الوثائق أو الأشياء غير متوقف على التنبيه بعدم الإفشاء أو على ظروف خارجية بعيدة عن مضمون السر ، ومن ثم فإن واجب الكتمان يظل قائماً ما دامت طبيعة المعلومات تقتضي الإخفاء وكانت ترتبط بأسرار الدفاع .

ب - تعلق الأسرار بالدفاع عن الدولة :

وتكون الأسرار كذلك إذا ارتبطت بأي نوع من الأنواع الأربعة التي عينتها

المادة ١٧٠ عقوبات اتحادي ، وهي :

المعلومات الحربية والسياسية والاقتصادية :

ويقصد بالمعلومات الحربية الحقائق التي تتعلق باستعداد الدولة العسكري وكفايتها الحربية ووسائل الدفاع عنها وعملياتها العسكرية في البر والبحر والجو سواء في وقت السلم أو في وقت الحرب ، فيدخل فيها أسرار استحكاماتها وأسلحتها واختراعاتها العسكرية وكيفية استخدامها وأساليبها في القتال أو في الوقاية من أسلحة الدول الأخرى وخطوط تموين القوات ووتوزيعها على المناطق المختلفة .... ويقصد بالمعلومات السياسية الحقائق التي تتعلق بقرارات الحكومة في شئون السياسة الخارجية والداخلية متى تعلقت بالدفاع عن الدولة ولو بطريق غير مباشر ، ومن ذلك موقف الدولة غير المعلن إزاء دول أخرى أو التدابير التي تنوي اتخاذها لمواجهة موقف حكومة أجنبية منها أو تاييدها السري للحركات التحررية في بعض الدولة المحتلة [1] . أما المعلومات الاقتصادية فتنصرف إلى كل ما يمس الاقتصاد القومي للدولة من حقائق أو بيانات أو أخبار تتعلق بالوضع الاقتصادي غير المعلن للدولة ، ومن ذلك ما قد تتخذه الدول سراً من تدابير للإفلات من حصار اقتصادي مفروض عليها و مساع تقوم بها لإبرام اتفاقية للتعاون الاقتصادي إذا كان من شان الإعلان عن ذلك رفع السعر مثلاً من جانب الطرف الأجنبي أو تدخل الوسطاء عكس ما ترغب الدولة .

المكاتبات والمحررات والوثائق وغيرها من الأشياء التي يجب لمصلحة الدفاع عن الدولة ألا يلم بها إلا من يناط بهم حفظها أو استعمالها والتي يجب

(١) وخلافاً للمعلومات السياسية ، فإن المعلومات الإدارية التي لا تمس سياسة الدولة لا يعاقب على الإفضاء بها إلا طبقاً للمادة ٣٧٩ من قانون العقوبات الاتحادي .

أن تبقى سراً على من عداهم خشية أن تؤدي إلى افشاء المعلومات المشار إليها في الفقرة السابقة . وهذا النوع من الأسرار يعد وعاءاً للمعلومات السرية .

الأخبار والمعلومات المتعلقة بالقوات المسلحة وتشكيلاتها وعتادها وتموينها وأفرادها ، وبصفة عامة كل ما له مساس بالشئون العسكرية والاستراتيجية ولم يكن قد صدر إذن كتابي من السلطات العسكرية بنشره أو اذاعته. ومن الطبيعي أن يعتبر المشرع الأخبار أي ا لأنباء أو الروايات الحقيقية أو التي تضمن جانباً من الحقيقة ولو خالطتها أنباء غير صحيحة -ما لم تكن كلها غير حقيقية - أو المعلومات المتعلقة بالقوات المسلحة من أسرار الدفاع التي يجب عدم افشائها .

الأخبار والمعلومات المتعلقة بالتدابير والإجراءات التي تتخذ لكشف الجرائم المنصوص عليها في الفصل الأول من الكتاب الثاني من قانون العقوبات الاتحادي وضبط الجناة وتحقيق هذه الجرائم أو محاكمة مرتكبيها إذا حظرت سلطة التحقيق أو المحكمة المختصة إذاعتها . وترجع العلة في حظر إفشاء هذه الأخبار والمعلومات إلى ما يمكن أن يترتب على إفشائها من أضرار تلحق بالدفاع عن الدولة ، ولما قد ينجم عن إفشائها من معلومات قد تفيد الجناه وتساعدهم على الإفلات من يد العدالة أو إخفاء الأدلة القائمة قبلهم .

(٢) تجريم إفضاء الأسرار من قبل المؤتمن على السر بحكم عمله أو صناعته ، ومن بين هؤلاء بطبيعة الحال بعض فئات من الموظفين العامين . وفي هذا الشأن تقضي المادة ٣٧٩ من ق . ع الاتحادي بأن « يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبالغرامة التي لا تقل عن عشرين ألف درهم أو باحدى هاتين العقوبتين من كان بحكم مهنته أو حرفته أو وضعه أو فنه مستودع سر

فأفشاه في غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو استعمله لمنفعته الخاصة أو لمنفعة شخص آخر ، وذلك ما لم يأذن صاحب الشأن في السر بافشائه أو استعماله .

وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على خمس سنين إذا كان الجاني موظفاً عاماً أو مكلفاً بخدمة عامة واستودع السر أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأدية وظيفته أو خدمته» .

ومن المتعذر تحديد قائمة بالموظفين العامين الذي يلتزمون بمقتضى هذه المادة بكتمان الأسرار التي تودع لديهم بحكم عملهم ، لاختلاف مسميات وظائفهم باختلاف الأعمال التي يقومون بها ، واطراد تزايد هذه القائمة نتيجة تطور رسالة الدولة الحديثة وتزايد واجباتها وتزايد تطبيقات السر المهني بالتالي في أعمال السلطات المختلفة . غير أن من ضمنهم مأموري الضبط القضائي وأعضاء النيابة العامة ورجال القضاء وكتبة النيابة والمحاكم وموظفي البنوك والبريد والهاتف . وجانب من هؤلاء وردت نصوص صريحة في بعض القوانين تلزمهم بكتمان هذه الأسرار ، ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٦٣ من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي من أن « كل شخص اتصل بعلمه بسبب التفتيش معلومات عن الأشياء التي تناولها التفتيش وأفضى بها إلى أي شخص غير ذي صفة ، أو انتفع بها بأية طريقة كانت ، يعاقب بالعقوبات المقررة لجريمة إفشاء الأسرار» ، وما تقضي به المادة ٦٧ من نفس القانون من أن «تعتبر إجراءات التحقيق ذاتها والنتائج التي تسفر عنها من الأسرار ويجب على أعضاء النيابة العامة وأعوانهم من الكتاب والخبراء وغيرهم ممن يتصلون بالتحقيق أو يحضرونه بسبب وظيفتهم أو مهنتهم عدم إفشائها ويعاقب من يخالف ذلك بالعقوبة المقررة لجريمة إفشاء الأسرار» .

ويشدد المشرع الاتحادي عقوبة إفشاء الأسرار لتصل إلى السجن مدة لا تزيد على خمس سنين إذا كان الجاني موظفاً عاماً أو مكلفاً بخدمة عامة واستودع السر أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأدية وظيفته أو خدمته لما يتم عنه ارتكاب الجريمة في هذه الحالة من إخلال بالثقة المفروضة في الموظف العام، سيما أن أعمال الوظيفة التي ائتمنته عليها الدولة هي التي تكون قد سهلت له ارتكاب الجريمة . ومسئولية الموظف جنائياً عن إفشاء الأسرار مستقلة عن مسئوليته التأديبية . ولا يتوقف الفصل في إحداها على الأخرى .

(٣) تجريم إفشاء الموظفين العموميين أسرار المراسلات بمقتضى المادة ٢٤٧ من ق . ع الاتحادي التي تنص على أن «يعاقب بالحبس أو الغرامة كل موظف في دوائر البريد أو البرق أو الهاتف ، وكل موظف عام أو مكلف بخدمة عامة ، فتح أو أتلف أو أخفى رسالة أو برقية أودعت أو سلمت للدوائر المذكورة أو سهل ذلك لغيره أو أفشى سراً تضمنته الرسالة أو البرقية أو المكالمة الهاتفية » .

وتشترط هذه المادة أن يكون مرتكب الجريمة من موظفي دوائر البريد أو البرق أو الهاتف، وتشمل هذه العبارة كل الرؤساء والمرؤسين ، وكل العمال والمستخدمين، أياً كانت وظائفهم في هذه الدوائر ، أو أن يكون موظفاً عاماً أو مكلفاً بخدمة عامة وفقاً لتحديدهما الوارد بالمادة الخامسة من ق .ع الاتحادي. وليس من شروط وقوعها أن يرتكب الموظف الجريمة أثناء تأديته لوظيفته ، بل يكفي أن يكون قد ارتكب الفعل بوصفه موظفاً عاماً لا بوصفه فرداً عادياً ، وأن يكون قد أساء استعمال سلطة وظيفته . وتشمل الحماية الجنائية التي تقررها هذه المادة كل المراسلات ، كالاخطارات والخطابات ، إضافة إلى البرقيات والمحادثات الهاتفية. وينشأ الالتزام بعدم

إفشاء ما تتضمنه من أسرار بمجرد أن يعهد بالمراسلات أو البرقيات إلى دائرة البريد أو البرق ، ويمتد إلى العاملين بها .

المبحث الرابع

واجب حسن معاملة الجمهور ومدى تأثيم الإخلال به جنائياً

الوظائف العامة ، على ما يصفها الدستور الإماراتي الصادر سنة ١٩٧١ ، خدمة وطنية تناط بالقائمين بها (م ٣٥) وهدفها ، حسبما يوجزه قانون الخدمه المدنيه الاتحادي هو «خدمة المواطنين تحقيقاً للصالح العام» (م ٥٦). ولهذا يجب أن يحرص الموظف العام على توثيق الروابط وتعزيز الثقة وتحقيق التعاون بين الحكومة والجماهير ، وهو ما يفرض عليه التزاماً وظيفياً أساسياً بأن يحسن معاملة جمهور المتعاملين معه . وقد ورد النص على هذا الالتزام صراحة في قوانين الوظيفة العامة في بعض الدول ، كمصر ، وألمح إليه نظام شئون الموظفين في إمارة دبي لسنة ١٩٩٢ [١] ، وكذا مشروع المدونة الدولية لسلوك الموظفين العموميين [٢].

والإخلال بهذا الواجب ، وإن كان له جزاء تأديبي ، إلا أن له صداه ، إذا تجاوز حدوداً معينة ، في قانون العقوبات الاتحادي . إذ يعاقب هذا القانون

---

(١) إذ ينص على وجوب تحلي الموظف بحسن التصرف في تعامله مع رؤسائه وزملائه ومرؤسيه ومراجعيه (م ٧٤) .

(٢) ينص البند أولاً /٤ من هذه المدونة على أن " يتوخى الموظفون العموميون الحرص والإنصاف والحيدة والنزاهة لدى القيام بوظائفهم ، وبخاصة في علاقاتهم مع الجمهور . ولا يجوز لهم في أي وقت من الأوقات منح معاملة تفضيلية لأي جماعة أو فرد ، أو التحيز ضد أي جماعة أو فرد ، أو خلافاً لذلك أساءة استعمال السلطة والصلاحية المخولتين لهم " .

الموظفين العموميين والأشخاص المكلفين بخدمة عامة الذين يستعملون القسوة مع الناس اعتماداً على وظائفهم ، وذلك برصده عقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة والغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف درهم أو إحدى هاتين العقوبتين لكل «موظف عام أو مكلف بخدمة عامة استعمل القسوة مع أحد من الناس اعتماداً على سلطة وظيفته فأخل بشرفه أو أحدث آلاماً ببدنه» [1] (م ٢٤٢ ع) .

والقسوة التي تتحقق باستعمالها هذه الجريمة تتمثل في أي فعل مادي من أفعال العنف يقع على شخص المجني عليه فيخدش شرفه أو يؤلم بدنه مهما كان الألم خفيفاً . ويدخل في مدلولها البصق في وجه شخص أو إلقاء شيء يضايقه أو يتسبب في اتساخه أو الضغط بشدة على يديه أو قدمه أو ربط عينية أو تكميمه أو تقييده بغير مبرر ، أو دفعه أو جذبه من شعره أو ملابسه ، أو قرصه في أذنه ، أو إيذاؤه إيذاءً خفيفاً أو ضربه أو جرحه . ولا يلزم أن يكون الاعتداء على درجة معينة من الجسامة والقسوة ، أو أن يترتب

---

(١) وهي بنفس صياغة المادة ١٢٢ من ق . ع. المصري . والأخيرة منقولة عن المادة ١٠٦ من ق . ع التركي المأخوذة بدورها من المادة ١٨٦ من ق . ع . الفرنسي . وقد استعملت جميع هذه القوانين في التعبير عن القسوة المعاقب عليها عبارة " violence contre les personnes " . ولا تنصرف هذه العبارة إلا للأفعال المادية التي تقع على الأشخاص ، وعليه ، لا تدخل الأقوال والإشارات في مدلول القسوة المقصودة بالمادة ١٢٩ من ق.ع المصري . وإذا كان الأخير ، وقانون العقوبات الاتحادي كذلك ، قد حذا حذو القانون التركي في عدم الاكتفاء بالعبارة المذكورة فأضاف إليها عبارة " بحيث أنه أخل بشرفهم أو أحدث آلاماً بأبدانهم " ، إلا أن هذا لا يعدو أن يكون بياناً لفعل القسوة في جميع أحوال الاعتداء الذي يقع على الشخص مهما خفت جسامته ، أي سواء أكان من قبيل الضرب الذي يؤلم الجسم أم كان من قبيل الاعتداء الخفيف الذي يمس الشرف وإن لم يؤلم الجسم .

عليه حدوث إصابات ظاهرة [1] ، فهو كما يشمل الضرب يشمل أيضاً الإيذاء الخفيف[2] . أما السب والقذف مهما كانا مخلين لشرف فإنه ليس مما ينطبق عليهما وصف أفعال القسوة ، ولا تقع به الجريمة [3] .فنص المادة ٢٤٥ ع لا تندرج تحت لوائه الأقوال والإشارات والتطاول على الناس بقذف أو سب أو شتم مهما كان ذلك مخلاً بشرفهم وإن طبقت على الفاعل في مثل هذه الحالات النصوص العادية الواردة في شان جريمتي القذف والسب .

ومما يثير الانتباه أنه إذا كان المشرع ا لاتحادي قد اعتبر بمقتضى المادة ٢٤٥ عقوبات أفعال التعدي على سلامة الجسم ، ولو كانت من قبيل الإيذاء الخفيف ، جنحة قائمة بذاتها متى وقعت من موظف عام على أحد من الناس اعتماداً على سلطة وظيفته ، فإن هذه الأفعال نفسها تشكل إذا ما وقعت من أحد الأفراد جنحة الاعتداء العمدي البسيط المنصوص والمعاقب عليها بالمادة ٢/٣٣٩ من قانون العقوبات الاتحادي [4] ، ومقارنة العقوبة التي رصدها

---

(١) تطبيقاً لذلك قضي بأنه " لا يشترط في الحكم ذكر الإصابات التي حدثت بالمجني عليه نتيجة استعمال القسوة معه طالما أن المحكمة بينت توافر أركان جريمة استعمال القسوة باستظهار وقوع التعدي من المتهم على المجني عليه اعتماداً على سلطة وظيفته". (نقض ١٦ نوفمبر ١٩٥٤ ، مجموعة القواعد ، جـ١ ، رقم ٣ ، ص ٢٥٣).

(٢) نقض مصري ١٤ إبريل ١٩٥٢ ، مجموعة الأحكام ، س ٣ ، رقم ٣١١ ، ص ٨٣٠ .

(٣) تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه " إذا عدت المحكمة المتهم مرتكباً لجريمة استعمال القسوة على اعتبار أن هذه الجريمة قد تقع بالألفاظ كما تقع بالافعال فإنها تكون مخطئة". (نقض مصري ١٦ إبريل ١٩٤٥ ، مجلة المحاماه ، س ٢٧ ، رقم ٢١٦ ، ص ٥٢٠) .

(٤) تنص المادة ٣٣٩ من ق . ع الاتحادي على أن " يعاقب بالحبس وبالغرامة من اعتدى على سلامة جسم غيره بأية وسيلة وأفضى الاعتداء إلى مرضه أو عجزه عن أعماله الشخصية مدة تزيد على عشرين يوماً . وتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة والغرامة التي لا تجاوز عشرة آلاف درهم إذا لم تصل نتيجة الاعتداء إلى درج الجسامة المذكورة في الفقرة السابقة،=

المشرع للفاعل في كليهما تكشف عن مفارقة ، فالموظف العام الذي يعامل آحاد الناس بقسوة ، اعتماداً على سلطة وظيفته ، معاملة من شأنها إحداث آلام بأبدانهم يعاقبه المشرع بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف دهم أو بأحدى هاتين العقوبتين . أما لو وقع الفعل نفسه من أحد الأفراد فإنه يعد جنحة تَعَد بسيط يعاقب عليها بالحبس والغرامه ، بالقدر السابق الإشارة إليه ، على وجه الوجوب [1] ودون تخيير . وهي محاباة من المشرع للموظف العام في غير محلها .

والإيذاء بالضرب الذي يرتكبه الموظف العام اعتماداً على سلطة وظيفته لا يقع تحت نص المادة ٢٤٥ عقوبات إلا إذا كان بسيطاً غير متجاوز حد المادة ٢/٣٣٩ عقوبات . أما إن بلغت شدته درجة الجسامة المذكورة في الفقرة الأولى من المادة المذكورة ، أي إذا أفضى الاعتداء إلى مرض المجني عليه أو عجزه عن أعماله الشخصية مدة تزيد على عشرين يوماً ، أو وصل لحد الجسامة المذكورة في المادة ٣٣٦ عقوبات الخاصة بجناية الاعتداء المفضي إلى الموت والمادة ٣٣٧ عقوبات الخاصة بجناية الاعتداء الذي نشأ عنه عاهة مستديمة ، فلا يعاقب عليه بالمادة ٢٤٥ عقوبات ، وإنما بالمواد المذكورة

= وإذا نشأ عن الإعتداء على حبلى إجهاضها،عد ذلك ظرفاً مشدداً " .

(١) تطبيقاً لذلك نقضت المحكمة الاتحادية العليا حكماً لإغفاله الحكم على الجاني بالغرامة إضافة إلى عقوبة الحبس في جريمة الإيذاء بالضرب التي دانه بها وفقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة ٣٣٩ من قانون العقوبات المنصوص فيها على أن تكون عقوبة المتهم المدان بها هي الحبس والغرامة وليس الحبس وحده. وقررت المحكمة أن الحكم المطعون فيه وقد دان المطعون ضده بجريمة إيذاء المجني عليها بالضرب وأنزل به عقوبة الحبس فقط دون الغرامة الواجب معاقبته بها أيضاً إلى جانب الحبس وفقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة ٣٣٩ ع فإنه يكون معيباً قانوناً ما يوجب نقضه . انظر : حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم ١٧٥ لسنة ١٢ جزائي جلسة ٢٧ فبراير ١٩٩١، غير منشور .

باعتبار أن الألم البدني المنصوص عليه في المادة ٢٤٥ عقوبات لا يمكن أن ينصرف بداهة إلى الإيذاء بالضرب الذي ينشأ عنه مرض أو عجز عن الأعمال الشخصية مدة تزيد على عشرين يوماً أو إلى الاعتداء المفضي إلى الموت أو الذي تنشأ عنه عاهة مستديمة ، فضلاً عن أنه يجب أخذ الجاني بالوصف الأشد تطبيقاً لنص المادة ٨٧ عقوبات التي تقضي بانه « إذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة وجب اعتبار الجريمة التي عقوباتها أشد والحكم بعقوبتها دون غيرها » .

ومؤدى ذلك أنه إذا بلغت شدة فعل القسوة حد الاعتداء المفضي إلى الموت (م ٣٣٦ع) أو الاعتداء الذي نشأ عنه عاهة مستديمة (م ٣٣٧ع) أو المرض أو العجز عن الأعمال الشخصية مدة تزيد على عشرين يوماً، فإن المادة ٢٤٥ عقوبات لا تنطبق عليه وإنما تنطبق إحدى مواد هذه الجرائم حسب الأحوال[1] .

---

(١) تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن " استعمال الموظفين القسوة مع الناس اعتماداً على وظائفهم ، كما يكون الجريمة المعاقب عليها بالمادة ١٢٩ ع (المقابلة للمادة ٢٤٥ عقوبات اتحادي) ، فإنه يكون أيضاً - إذا حصل بالضرب - الجريمة المعاقب عليها بالمادة ٢٤٢ ع غيرها من المواد الأخرى التي تعاقب على إحداث الضرب أو الجرح عمداً ، ولما كان الفعل الجنائي في الجريمتين واحداً وكان يجب بمقتضى المادة ٣٢/١/ ع (المقابلة للمادة ٨٧ عقوبات اتحادي) ألا يوقع على المتهم به إلا عقوبة واحدة وهي المقررة للجريمة الأشد وكانت العقوبة المقررة في القانون بالمادة ٢٤١ ع عن الضرب الذي يعجز المضروب عن أعماله الشخصية مدة تزيد على عشرين يوماً أشد من العقوبة المقررة بالمادة ١٢٩ (٢٤٥ ع اتحادي) فإنه لا يكون من الخطأ معاقبة المتهم وهو " عمدة " بالمادة ٢٤١ ع إذا ما ثبت أن الضرب الذي وقع منه على المجني عليه قد بلغ ذلك الحد من الجسامة" . (نقض مصري ١٢ نوفمبر ١٩٤٥، سابق الإشارة إليه).

ولا تندرج تحت نص المادة ٢٤٥ من ق . ع الاتحادي حالات استعمال القسوه للقبض على محكوم عليه لتنفيذ الحكم أو القبض على شخص متهم في جريمة ومطلوب القبض عليه أو تفتيش شخص في الأحوال المصرح بها قانوناً . ولا يتسع النص لحالات القبض والحبس والحجز في غير الأحوال التي ينص عليها القانون ، إذ تنطبق على هذا الفعل المادة ٢٤٠ ع اتحادي .

والمجني عليه في جريمة استعمال القسوة قد يكون فرداً عادياً أو موظفاً عمومياً، إذ كما تطبق المادة ٢٤٥ ع اتحادي على الموظف الذي يستعمل القسوة مع الأفراد ، فإنها تنطبق كذلك على الموظف الذي يستعمل القسوه مع غيره من الموظفين اعتماداً على وظيفته . فهي لم تخصص للاعتداء على الأفراد بل نصت بصفة عامة على تجريم استعمال القسوة مع الناس ، والناس يدخل فيهم الموظفون وغير الموظفين [1] .

ويشترط لوقوع الموظف تحت طائلة المادة ٢٤٥ عقوبات اتحادي أن يكون قد استعمل القسوة اعتماداً على سلطة وظيفته ، وبغير ذلك يعتبر الموظف كانه فرد من الأفراد ويعاقب على ما يرتكبه من أعمال القسوة وفقاً للأحكام العادية. ولايعني الاعتماد على سلطة الوظيفة أنه يشترط لمعاقبة الموظف بمقتضى هذه المادة أن يكون قد استعمل القسوة أثناء تاديته وظيفته أو بسببها ، بل تقع الجريمة كلما كان اعتماد الجاني على وظيفته ملحوظاً في تعديه دون لزوم كونه قائماً بمباشرة وظيفته أو موجوداً بمقر عمله أثناء

---

(١) غير أنه إذا وقعت جريمة استعمال القسوة على موظف عام حال تأديته وظيفته أو بسببها فإن الواقعة تعد جنحة تعدي على موظف عام ولا تنطبق عليها المادة ٢٤٥ ع بل المادة ٢٤٩ ع اتحادي التي تنص على أن "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين أو بغرامة لا تجاوز عشرين ألف درهم من تعدى على موظف عام أو مكلف بخدمة عامة أو قاومه بالقوة أو بالعنف ، وذلك أثناء أو بسبب تأدية وظيفته أو خدمته ... " ، وذلك أخذاً بالوصف الأشد تطبيقاً للمادة ٨٧ ع اتحادي .

التعدي . أي أنه لا تلازم بين وقوع التعدي وقيام الموظف أثناء هذا التعدي بوظيفته [1] .

وجريمة استعمال القسوة من الجرائم العمدية التي تتطلب قصداً فلا تتحقق بالأعمال التي تقع من الموظف نتيجه رعونة أو عدم احتياط . ولا يقبل من الموظف في سبيل درء مسئوليته الاحتجاج بصدور أمر إليه باستعمال القسوه من رئيس تجب طاعته . إذ القاعدة في هذا الصدد أن طاعة الرئيس لا تمتد بحال إلى ارتكاب الجرائم وإنه ليس على المرؤوس أن يطيع الأمر الصادر له من رئيسه بارتكاب فعل يعلم هو أن القانون يعاقب عليه ، غير أنه يستطيع درء هذه المسئولية بأن يحتج بالإكراه المعنوي أو حالة الضرورة إذا ثبت توافر شروطهما .

(١) وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى ذلك صراحة حين قررت أن " جريمة استعمال القسوة ... تتم كلما استعمل الموظف ..... القسوة مع ا لناس اعتماداً على وظيفته ..... ولا يشترط في ذلك أن يكون المتهم وقت ارتكابه الاعتداء قائماً بأداء وظيفته " .(نقض مصري ٢٠ مارس ١٩٤٤ ، مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ عاماً ، رقم ١ ، ص٢٥٢) .

In part IV, the necessity for respectful treatment to the public is emphasized explaining its criminal effects if not adhered to due to the fact that public jobs are meant to be solely for the service of the public. This imposes an obligation over the public employee for a decent and respectful treatment to the public. Any deviation from this, although it results into a disciplinary action, it is also faced with a penal action within the Federal Penal Law.

ΩΩΩ

Public Job Ethics
And Their Effects on Federal Penal Law
Of United Arab Emirates

By
Pr. Dr. Hisham Mohammed Farid Rustom
Professor, Penal Law at Asyout University, Egypt
Currently under secondment to Faculty of Sharia & Law, Public Law Dept., United Arab Emirates University

In the preface, the author tackled a number of research matters closely related to his subject, which he later put under four parts:

In part I, he defined the duties of job function performance and facing any deficiencies thereto criminally since federal penal law forbade employees from leaving their work locations or deliberately reject to handle any of its functions considering it as an independent deliberate crime. Its scope covers all public employees as more particularly defined under article five of Penal Law, but does not cover those assigned public service for they are not specifically mentioned.

In part II, the author tackled the obligation to respect the public job's impartiality facing any deficiencies thereto criminally. He tackled the subject from two aspects, the first was on the crime of bribe, its definition, bases and penalty, while the second covered the supplemental award with definition and penalty.

In part III, he spoke about the ban of job secrets disclosure and the extent of its criminal nature, concentrating on the prohibition (sinful act) of disclosing defense secrets (must be a secret and should be related to defense). Disclosure of secrets by those entrusted with them as part of their job or profession is considered a crime. The same applies to disclosure of confidential correspondence by public employees.



بسم الله الرحمن الرحيم

اختصاصات ماموري الضبط القضائي
في مراحل الأدلة المختلفة
في قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي
رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٢م

إعداد

الدكتور جودة حسين محمد جهاد *

* أستاذ القانون الجنائي المساعد ورئيس قسم القانون الجنائي – كلية شرطة دبي.



١- تمهيد :

صدر قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٢ في ١٤ من ذي الحجة١٤١٢هـ الموافق ١٥ من يونيو ١٩٩٢م، وأصبح واجب النفاذ بعد ثلاثة أشهر من تاريخ نشره، وقد ترتب على صدوره إلغاء جميع القوانين والمراسيم والأوامر والتدابير والتعليمات المعمول بها والخاصة بالإجراءات الجزائية وكذا كل حكم يخالف أحكامه.

وبناء على ذلك ألغي قانون إجراءات المحاكم الجنائية لسنة ١٩٧٠ في إمارة أبو ظبي، وكذا قانون الإجراءات الجزائية لإمارة دبي (وأم القيوين ورأس الخيمة) لسنة ١٩٧١، وبذلك أصبحت القواعد الإجرائية موحدة في كافة الإمارات مما ييسر سبل التقاضي ويحقق العدالة في جميع أنحاء الدولة.

وقد عبر هذا القانون – بصدق – عن التطور الحضاري الهائل في دولة الإمارات العربية المتحدة، فالقوانين الإجرائية تعد -وبحق- مرآة على تقدم الشعوب ودرجة رقيها، وذلك بما تضمنه من قواعد تحمي حرية الأفراد، وتحفظ كرامتهم وتصون أمنهم. لذلك جاءت النصوص التي تضمنها هذا القانون مسايرة للنظم القضائية المعاصرة، فأسندت سلطة التحقيق في الدعوى الجزائية ورفعها ومباشرتها للنيابة العامة، وأجازت استئناف الأوامر والقرارات الصادرة منها،وأعطت لمأموري الضبط القضائي سلطات عادية وأخرى استثنائية، يستمدونها من القانون مباشرة، أو عن طريق الندب من النيابة العامة.

ولقد راعى المشرع الإماراتي في السلطات الممنوحة لرجال الضبط القضائي، أن تتناسب تناسبا طرديا مع قوة أدلة الإثبات، فمنع اتخاذ أي

إجراء فيه مساس بحرية الشخص أو حرمة مسكنه في حالة الاشتباه، وأجاز القبض عليه وتفتيشه في حالة توافر أدلة كافية ضده على ارتكاب جريمة ذات جسامة معينة، ثم أباح القبض على الشخص وتفتيشه وتفتيش مسكنه في حالات التلبس، كما أباح تفتيش من يتواجد في منزل المتهم، إذا وجدت قرائن قوية على أنه يخفي معه أشياء تفيد في الكشف عن الجريمة.

ولم يجعل المشرع قوة الأدلة أو ضعفها ترتبط بمرحلة معينة من مراحل الدعوى الجزائية، فقد تقع الجريمة، ويكون الدليل على مرتكبها قوياً منذ لحظة حدوثها؛ كما في حالات التلبس، وقد يكون الدليل في بداية الإبلاغ عن الجريمة ضعيفاً، ثم يقوى بعد ذلك، نتيجة ما يبذله رجال الشرطة من جهد في الكشف عن غموض الجريمة.

وفي هذا المجال تثور في الأذهان عدة تساؤلات عن ماهية الأدلة، والدرجات التي تمر بها، من حيث ضعفها وقوتها، والإجراءات الواجب اتخاذها من قبل مأموري الضبط القضائي، وفقاً لقانون الإجراءات الجزائية الاتحادي.

٢- سبب اختيار موضوع البحث :

لقد أحدث قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي، لدولة الإمارات العربية المتحدة، تحولاً كبيراً في واجبات رجال الشرطة، وكذا السلطات المخولة لهم، فبعد أن كان اختصاصهم يشمل مرحلة الاستقصاء عن الجريمة، وجمع أدلتها، وكذا مرحلة التحقيق، وإقامة الدعوى والمرافعة فيها، أصبح هذا الاختصاص مقصوراً في الأحوال العادية على المرحلة الأولى، وهي الاستقصاء عن الجريمة وجمع أدلتها، وفي الأحوال الاستثنائية، يمتد هذا

الاختصاص إلى جزء من مرحلة التحقيق، دون إقامة الدعوى والمرافعة فيها.

وجمع سلطة الاستقصاء والتحقيق وإقامة الدعوى والمرافعة فيها في يد هيئة الشرطة كان معمولاً به في قانون إجراءات المحاكم الجنائية لسنة ١٩٧٠ في إمارة أبو ظبي، وكذا قانون الإجراءات الجزائية لإمارة دبي لسنة ١٩٧١[1]، ولا شك أن الأخذ بهذا الاتجاه كان يشكل عبئاً ثقيلاً على رجال

---

(١) راجع المواد ٤٠، ٤٢، ٦٦، ٦٧، ٧٤، ٧٥، ١٨ أ/ب من قانون الإجراءات الجزائية الدبوي لسنة ١٩٧١الملغى، وكذا المادة ٤ من قانون شرطة دبي لسنة ١٩٦٦، وقد ورد في الفقرة الأولى منها أنه تستخدم الشرطة لمنع وقوع الجرائم واستقصائها وجمع أدلتها والقبض على فاعليها وإقامة الدعوى عليهم والمرافعة فيها....الخ.

ولقد طبق هذا الاتجاه في تشريعات بعض الدول العربية، ففي الكويت قضت المادة ٢/٩ من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي رقم ١٧ لسنة ١٩٦٠ بأن: "يتولى سلطة التحقيق والتصرف والادعاء في الجنح محققون يعينون لهذا الغرض في دائرة الشرطة والأمن العام. وتثبت صفة المحقق أيضاً لضباط الشرطة الذين يعينهم النظام الداخلي المنصوص عليه في المادة(٣٨).

ومع هذا فإن للنيابة العامة أن تحيل أية جناية على المحققين أو الضباط في دائرة الشرطة لتحقيقها كما أن لرئيس دائرة الشرطة والأمن العام أن يعهد للنيابة العامة بالتحقيق والتصرف في أية جنحة إذا رأى من ظروفها أو أهميتها مايتطلب ذلك".

وفي قطر كانت المادة ٦١ من قانون الإجراءات الجنائية رقم ١٥ لسنة ١٩٧١ تنص على أن يتولى مدير الشرطة أو أي شخص آخر يخوله القانون سلطة الادعاء العام، ويعاون المدعي العام في أداء وظيفته ضباط من الشرطة ممن لاتقل رتبهم عن مفتش أول، إلا أن هذه المادة عدلت بالمرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٨٩، وكذا القانون رقم ٣١ لسنة١٩٩٣، وأصبحت على النحو التالي:"يتولى المدعي العام سلطة الادعاء العام، ويعاونه في أداء وظيفته وكلاء له، ويشترط في المدعي العام ووكلائه أن يكونوا حاصلين على إجازة الحقوق من إحدى كليات الحقوق التابعة لإحدى الجامعات المعترف بها، ويصدر بتعيين المدعي العام ووكلائه قرار من وزير الداخلية".=

الشرطة، علاوة على أ نه في غمار حماس رجل الشرطة للكشف عن الجريمة، قد يغفل – في بعض الأحيان – عن الالتزام بمبدأ الشرعية الإجرائية، مما يعرض عمله للبطلان[1] ، بالإضافة إلى أنه يخالف ما جرى عليه العمل في أغلب التشريعات الإجرائية، وكذا التوصيات الدولية الصادرة بهذا الخصوص[2].

وأما الفصل بين سلطة التقصِّي، وسلطتي التحقيق والمرافعة، فقد أخذ به قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي، حيث جعل سلطة التقصي وبعض

- وننوه بأن الشرطة في أمريكا وبريطانيا تسير في ذات الاتجاه فنظام شرطة العاصمة (المتروبوليتان) في انجلترا يعطي مستشار الشرطة للشؤون القانونية حق مباشرة الادعاء أمام محكمة الدرجة الثانية بينما يمثل الادعاء العام أمام محاكم الدرجة الأولى رجال الشرطة من مختلف الرتب. ولايكون تولي النيابة العامة مهمة التقديم للمحاكمة إلا في جرائم محددة. ويراد بالنيابة العامة مايسمى بمدير إدارة المقاضاة العمومية وهو يعمل تحت إشراف مايسمى بالنائب العمومي Attornet-General.

  مشار إليه في مرجع د.محمد علي السالم آل عياد الحلبي، اختصاص رجال الضبط القضائي في التحري والاستدلال والتحقيق، ط٢، دار السلاسل، الكويت، بدون تاريخ، ص٦١ ومابعدها.

(١) والواقع أن رجل الشرطة حريص على الظهور بمظهر القابض على زمام الأمن وعلى ألا تحوم حوله مظنة العجز والقصور، مما قد يجعله يقحم على الحقيقة ماليس فيها حتى لاينسب إليه إخفاق في التوصل إلى الجاني، علاوة على أن يخضع لرؤسائه في العلم وعلى رأسهم وزير الداخلية، وعلى إرادة هؤلاء يتوقف ترقيته وتنقلاته، مما يخشى معه أن يضخع لنفوذهم السياسي مخالفاً بذلك ضميره إما مخافة وتوقياً للأذى وإما تزلفاً وطمعاً في مغنم. مشار إليه في مرجع د.رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، ط١٩٨٤، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص٨، ٩.

(٢) راجع قرارات المؤتمر الدولي السادس لقانون العقوبات الذي عقد في روما من ٢٧/٩-٣/١٠/١٩٥٣م.

إجـراءات التحـقيق لرجـال الشرطة، على أن تـتولى النيـابة العامـة سلطة التحـقيق وإقـامة الدعـوى والمرافعة فـيهـا. وذلك بغيـة تبسـيط الإجراءات وسرعتها وفاعليتها، بما لا يؤثر على حـسن سير العدالة، باعتبار أن النيابة العامة - بمقـتضى هذا القانون - أصبحت جـزءاً من الهيئة القضـائية، سواء من حيث السلطة الممنوحة لها، أو من حيث استـقلالها في مباشرة سلطاتها، دون خـضوع لتـوجـيهـات السلطة التنفـيـذية، فهي تمثـل الصالح العـام، وتسعى لتحقيق موجبات القانون، ولو كان ذلك لمصلحـــة المتهم.

لذلك آثرت عرض هذا الموضوع؛ حتى يتـضح دور رجال الشرطة في ضوء نصـوص هذا القانون، مـقـارنة بما يماثلها من نـصوص في بعض القـوانين الإجرائيـة الأخرى، بغيـة أن تكون الإجراءات المتخـذة بمعرفتـهم صحيـحة يعـتد بـها أمـام سلطات التـحـقيق والحكم، ممـا يؤدي إلى تحقـيق العـدالة وتوطيد الأمن.

٣- خطة البحث :

نقسم البحث إلى فصلين :

الفصل الأول : في ماهية الأدلة.

الفصل الثاني : في مراحل الأدلة والإجراءات الواجب اتخاذها.

الخاتمة : ونذكر فيها ما انتهى إليه البحث من نتائج وتوصيات.

الفصل الأول

ماهيــــة الأدلـــــة

٤- المقصود بالأدلة:

لقد نصت المادة ٣٠ من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي على أن «يقوم مامورو الضبط القضائي بتقصي الجرائم، والبحث عن مرتكبيها، وجمع المعلومات والأدلة اللازمة للتحقيق». وهذا النص يتمشى مع ما جاء في القانونين الأردني والسوري، إذ تنص المادة ٧ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم ٩ لسنة ١٩٦٠ والمادة ٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري رقم ١١٣ لسنة ١٩٥٠ على أن: «موظفو الضابطة العدلية مكلفون باستقصاء الجرائم وجمع أدلتها... »، كذلك تنص المادة ٩ من قانون المرافعات الجنائي التونسي رقم ٢٣ لسنة ١٩٦٨ على أن: « الضابطة العدلية مكلفة بمعاينة الجرائم وجمع أدلتها... ».

وعلى خلاف ذلك قضت المادة ٢١ من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ بانه: «يقوم مامورو الضبط القضائي بالبحث عن الجرائم ومرتكبيها وجمع الاستدلالات التي تلزم للتحقيق في الدعوى». فجعلت مهمة ماموري الضبط القضائي مقصورة على مرحلة جمع الاستدلالات، أي جمع المعلومات والتحري عن الجريمة وظروفها، أما ما يقومون به من تحقيق في بعض الحالات الاستثنائية فإنهم يفعلو ن ذلك بصفتهم سلطة تحقيق لا استدلال.

والفرق كبير بين جمع الأدلة وجمع الاستدلالات من حيث قوة الإثبات،

فجمع الأدلة إجراء تحقيق، بينما جمع الاستدلالات مجرد استقصاء وتحر، ليست له صفة التحقيق، ولذا يحاط التحقيق - عند جمع الأدلة - بضمانات، لا يتقيد بها مأمور الضبط القضائي عندما يستقصي عن الجريمة، لهذا فإن الحكم يكون معيباً. حيث تسبيبه، إذا اقتصر في قضائه الإدانة أو البراءة على مجرد الاستدلالات، أما بالنسبة للأدلة فيمكن أن تعتمد عليها المحكمة في حكمها[1].

وجمع الاستدلالات يشمل جمع العناصر والقرائن وا لإيضاحات اللازمة للتحقيق، مثل قبول الشكاوى والتبليغات، وسماع الشهود والخبراء دون تحليفهم اليمين، وتصوير مكان الحادث وإجراء المعانية، وغير ذلك من الإجراءات، التي لاتمس حرية الشخص أو حرمة مسكنه.

أما جمع الأدلة ؛ فعبارة عن مجموعة من الإجراءات، يمارسها عضو الضبط القضائي استنادًا إلى القانون، قد تتضمن المساس بحرية الشخص، أو حرمة مسكنه ؛ كالقبض والتفيش، وكذا تحليف الشهود اليمين، والانتقال والمعاينة والندب.

وتفرق أغلب التشريعات الإجرائية بين الواجبات العادية لرجال الشرطة، في التقصي عن الجرائم والبحث عن مرتكبيها، وبين واجباتهم الاستثنائية، المستمدة من القانون، أو في حالات الندب، والتي تعد من إجراءات جمع الأدلة وليس الاستدلال.

---

(١) د. جلال ثروت، أصول المحاكمات الجزائية "سير الدعوى العمومية"، مطابع الأمل، الدار الجامعية، بيروت، بدون تاريخ، ص٥. د. فاروق الكيلاني، محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية، الأردني والمقارن، ج٢، ط٢ . ١٩٨٥، الفارابي، ص٤١ . ٤٢ . ٧٩ . ٨٠. د. رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، المرجع السابق، ص٤٣٨ ومابعدها.

ففي لبنان حددت المواد ١١، ١٢، ١٣ من قانون أصول المحاكمات الجزائية طوائف الضبطية العدلية، وأخرجت بعض الضباط الإداريين من مجال الضبطية العدلية، واعتبرت رؤساء مخافر الدرك، من أية رتبة كانوا، من الضابطة العدلية، ومع ذلك، جرى العمل على أن يقوم الشرطي بتنظيم تقارير مشاهدته بما قام به من أعمال، شريطة أن يرفع هذه التقارير إلى رئيسه، ولا تتجاوز هذه التقارير مجرد جمع الإيضاحات والمعلومات البسيطة[١].

وفي الأردن اعتبر قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني ضباط الشرطة والدرك من موظفي الضابطية العدلية، دون أفراد الشرطة، فليس لهؤلاء الأفراد سلطة الضابطية العدلية. ولكن قانون الأمن العام اعتبر قوة الأمن العام مكلفة بالقيام بوظيفة الضابطية العدلية، بمنع الجرائم والعمل على اكتشافها وتعقبها، والقبض على مرتكبيها وتقديمهم للعدالة، واعتبر أفراد الشرطة من بين قوة الأمن العام.

وفي تونس اعتبر قانون المرافعات الجنائي من موظفي الضابطة العدلية الضباط وضباط الصف دون الأفراد[٢]، وفي الجزائر يتسم بصفة مأمور الضبط القضائي ضباط الدرك، ذوو الرتب في الدرك، ورجال الدرك الذين أمضوا في سلك الدرك ثلاث سنوات على الأقل، وضباط الشرطة والمساعدون في الشرطة، ومفتشو الأمن الوطني الذين قضوا في خدمتهم بهذه الصفة ثلاث سنوات على الأقل[٣].

---

(١) انظر المادة ١٠ من قانون الإجراءات الجزائية اللبناني لسنة ١٩٨٤ والتي تنص على أن موظفي الضابطة العدلية مكلفون باستقصاء الجرائم وجمع أدلتها والقبض على فاعليها.

(٢) انظر المادة ١٠ من قانون المرافعات الجنائي التونسي ١٩٦٨.

(٣) راجع المادة ١٥ من قانون الإجراءات الجزائري لسنة ١٩٦٦.

وفي مصر لا يتمتع بصفة ماموري الضبط القضائي إلا الضباط وضباط الصف حتى رتبة عريف، ومن هم أدنى من ذلك يعتبرون من مساعدي ماموري الضبط القضائي، كل في دائرة اختصاصه، وقد خولهم القانون القيام ببعض إجراءات الاستدلالات إعمالاً لنص المادة ٢٤ من قانون الإجراءات الجنائية المصري[1] وهي :

(١) الحصول على جميع الإيضاحات المتعلقة بالجريمة وجمع المعلومات عنها.

(٢) القيام بعمل المعاينات اللازمة لتسهيل تحقيق الوقائع التي تبلغ إليهم، أو التي يعلنون بها باية كيفية كانت.

(٣) اتخاذ جميع الإجراءات التحفظية اللازمة للمحافظة على أدلة الجريمة.

ولمساعد ماموري الضبط القضائي تحرير محضر بما يقوم به من إجراءات، ويمكن للمحكمة أن تستند إليه في حكمها، ولكن ليس له القيام بعمل من أعمال التحقيق، التي خولها القانون - استثناء - لماموري الضبط القضائي، كما أنه ليس له اتخاذ إجراء التفتيش إلا في حضور مامور الضبط القضائي وتحت إشرافه، كما لايجوز ندبه.

وعلى عكس هذا الاتجاه جاءت المادة ٣٣ من قانون الإجراءات الإماراتي محل الدراسة حيث نصت الفقرة الثانية منها على أن « يكون من ماموري الضبط القضائي في دوائر اختصاصهم ضباط الشرطة وصف ضباطها وأفرادها» .

---

(١) نقض مصري ٢٤ إبريل ١٩٥٦ مجموعة الأحكام س٧ رقم ١٨٤ ص٦٥٩.

ولقد نجم عن اعتبار جميع رجال الشرطة ماموري ضبط قضائي طبقاً لنص المادة ٣٣ / ٢ سالفة الذكر، حدوث لبس وغموض وتعارض ظاهري بين هذا النص ونصوص المواد ١١، ٣٥، ٤٦/٢، ٤٨، ٤٩، ٥٠، ١٠١/٣، ١٠٥/٢، ١٠٨/٢، ١٥٩/٣ من ذات القانون. إذ تتحدث هذه المواد عن رجال السلطة العامة وواجباتهم وهذا المصطلح لم يعرفه القانون، مما أثار في الأذهان تساؤلا عن المقصود بهذه العبارة.

والحقيقة أن المقصود بتلك العبارة هم مرؤوسو ماموري الضبط القضائي من رجال الشرطة سواء أكانوا صف ضباط وأفراد أو أفراد فقط، والمنوط بهم مساعدة رؤسائهم في التقصي عن الجرائم والبحث عن مرتكبيها وتنفيذ بعض إجراءات التحقيق تحت إشرافهم.

وعلى هذا الأساس يكون أفراد الشرطة هم رجال السلطة العامة على اعتبار أنهم أدنى الدرجات، بصرف النظر عما إذا كان المشرع الإجرائي أسبغ عليهم صفة الضبط القضائي من عدمه، فمن يملك الأكثر يملك الأقل. وإن كان من الأفضل تعديل الفقرة الثانية من المادة ٣٣ سالفة الذكر، لكي تنحصر صفة ماموري الضبط القضائي في الضباط وضباط الصف دون الأفراد، على أساس أن كفاءة هاتين الفئتين خير ضمان لاحترام الحقوق والحريات الفردية في مرحلة التقصي عن الجرائم وجمع أدلتها، ولن يتاتى ذلك إلا عن طريق توفير الخبرة ودرجة معينة من الناحية العلمية[1].

---

(١) حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعون أرقام ٢٦، ١٠، ١١، ١٢ لسنة ٨ القضائية، جلسة ٢٤ نوفمبر ١٩٨٦ بالإضافة إلى أن بعض التشريعات التي أضفت صفة الضبط القضائي على أفراد الشرطة استلزمت مدة خبرة معينة،كما ذكرنا سابقاً.

٥- أنواع الأدلة :

تنقسم الأدلة في الإثبات الجنائي إلى قسمين أدلة معنوية أو قولية، وأدلة مادية ؛ والأدلة المعنوية هي كل ما يدركه العقل، أو يستنتجه الفهم من شهادة الشهود، وأقوال المجني عليهم والجناة... الخ، وأما الأدلة المادية، فعبارة عن الآثار المادية التي يمكن الإحساس بها، ولها صلة بالحادث.

وأدلة الإثبات الجنائي غير محددة على سبيل الحصر، وإنما ورد ذكر بعضها في قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي، بغرض بيان الإجراءات التي تتبع في تحقيقها ؛ كشهادة الشهود وندب الخبراء...إلخ. فالقاعدة العامة أن أدلة الإثبات الجنائي غير محددة إلا بطريق استبعاد الدليل، الذي يرى المشرع أنه لايجوز الاستناد إليه كدليل، كما أن وسائل استخلاصها غير محددة إلا بالنسبة للاستثناءات الواردة على مبدأ حرية القاضي الجنائي في الاقتناع.

وإذا كانت الأدلة القولية تحتل مكان الصدارة في الإثبات الجنائي، إلا أن الاهتمام بالأدلة المادية قد تزايد في الوقت الحالي، لاسيما بعد استخدام النظريات العلمية الحديثة في الكشف عن الجريمة ونسبتها لفاعلها، وبعد أن اعترى الأدلة القولية الكثير من الشوائب[1].

٦- أهمية الأدلة :

تهدف القواعد الإجرائية إلى التحقق من وقوع الجريمة ونسبتها إلى فاعلها، أي تقديم الأدلة على وقوع الجريمة، وأن الفاعل شخص بعينه، حتى توقع عليه العقوبة المناسبة على ما اقترفه من جرم، إعمالاً لمبدأ شخصية

(١) د. زين العابدين سليم- الدليل المادي سيد الأدلة، مجلة الأمن العام العدد ٥١ أكتوبر، ١٩٧٠، ص٧٣.

العقوبة.

ولا شك في أن المجرم يعـمد إلى ارتكاب جريمته في الخـفاء، حتى لا يراه الناس، ويفـتضح أمـره، وينال جزاءه، مـسـتعـيناً في ذلك بادوات وأشيـاء لاتترك أثراً على مسرح الجريمة، لذا كان لزامـاً على سلطات التحقيق السعي بكل الطرق المشروعة، وفي أسرع وقت للكشف عن غموض الجريمة.

والشـرطة يقع عليـها الـعبء الأكبـر في البـحث عن الجـريمة منذ لحظة وقوعهـا، وكشف غموض الحـادث في أسرع وقت ممكن، لأن في إطالة الوقت ضياعاً لمعالم الجريمة، وإعطاء فرصـة للمتهم في الهروب، أو اقتراف جرائم جـديدة، مما يهـدد سلامـة وأمن المجـتـمع، ويفقـد الناس شـعـورهم بالأمن والطمانينة[1].

٧- قيود البحث عن الأدلة:

لقد خص المشرع الإمـاراتي ماموري الضبط القضـائي بالبحث عن الدليل وذلك إعمـالاً لنص المادتين ٣٠، ٣٥ من قانون الإجراءات الجزائيـة الاتحادي، أما فحص وتمحيص الأدلة وبيـان مدى كفايتها للإحالة للمـحكمة من عدمه فمن عمل النيابة العامة.

ومن المعروف أن نجاح سياسة الإجراءات الجـزائية رهن بتحقيق التوازن بين حـماية المصلحـة العـامة -التي يحـميـهـا المشرع بنصـوص التجـريم- وحماية المصلحة الخاصة، بمراعاة حرمـة المتهم وشرفه وكرامته، بضمانات تراعى في التـحقيق، يـجب ألا نتخطاها يراعى فـيهـا كفالة التـوازن بين حق

(١) راجع مؤلفنا في الكشف عن الجريمة بالوسائل العلمية الحديثة، ط١٩٩٢ دار النهضة العربية ص١٠.

المجتمع في الحصول على الدليل وحق المتهم في إثبات براءته[1].

ووسائل البحث عن الدليل تتأثر بالنظم الاجتماعية، والمعتقدات الدينية، ودرجات النمو والتقدم في الدولة، ولقد مرت هذه الوسائل بأربع مراحل: المرحلة التجريبية، والمرحلة الدينية أو العقائدية، والمرحلة المنطقية، وأخيراً المرحلة العلمية، التي اقتحمت مجال الإثبات الجنائي في حدود معينة [2].

ولقد حرصت الإعلانات والمواثيق العالمية والدساتير والقوانين الإجرائية الجزائية على النص على مبدأ أن «الأصل في الإنسان البراءة» ويؤكد هذا المبدأ من الناحية الإجرائية على ضرورة الشرعية الإجرامية، أي احترام الحق في السلامة الشخصية[3].

ويتسع مفهوم الحق في السلام الشخصية، ليشمل حق الإنسان في الحياة وفي الحرية وعدم التدخل في حياته الخاصة، إلا في حالة الضرورة وبمقتضى القانون، وحقه في السلامة الجسدية، بعدم جواز تعذيبه، أو

---

(١) د. أحمد فتحي سرور، المشروعية في قانون الإجراءات الجنائية، ط١٩٧٧، دار النهضة العربية، ص٥٠. د. محمد علي السالم عياد الحلبي، ضمانات الحرية الشخصية أثناء التحري والاستدلال، ص٢، بدون تاريخ، مطبعة ذات السلاسل، ص١١ ومابعدها.

(٢) G. Le vasseur, le regime de la preuve en droit repressif francais, troiseme colloque des departent des droits de l'homme, Bruxelles, 1977,p.12

(٣) راجع المادة ١١/١ من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في ١٠ ديسمبر عام ١٩٨٤، والمادة ٦/٢ من الاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية الموقعة في ٤نوفمبر عام ١٩٥٠، والمادة ١٤/٢ من الاتفاقية الدولية لحقوق الإنسان المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦، والفقرة الأولى من البند خامساً من البيان العالمي لحقوق الإنسان في الإسلام الصادر في ١٩ سبتمبر ١٩٨١. وراجع أكثر تفصيلاً مؤلفنا في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون، ط١٩٩١، دار النهضة العربية، ص٢١ ومابعدها.

معاملته معاملة مهنية أو قاسية.

ولقد أكدت ذلك المادة ٧ من الاتفاقية الدولية لحقوق الإنسان المدنية والسياسية والمادتان ١٢، ١٣ من مشروع ميثاق حقوق الإنسان والشعب في الوطن العربي. وكذا البيان العالمي عن حقوق الإنسان في الإسلام ، كما حرصت أغلب الدساتير والتشريعات الإجرائية أن تتضمن نصوصها التأكيد على حماية الحقوق والحريات الأساسية للإنسان[1].

وجاء الباب الثالث من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة الصادر سنة ١٩٧١ تحت عنوان "الحريات والحقوق والواجبات العامة" وشمل ١٩ مادة، تضمنت عدة مبادىء منها: مبدأ الأصل في الإنسان البراءة، ومبدأ عدم المساس بالحرية الشخصية أو حرمة المسكن إلا وفق أحكام القانون و في الأحوال المحددة فيه، كما حظرت تعذيب المتهم أو إرهابه أو سوء معاملته...إلخ.

وأكدت المواد ٢ / ٢، ٣، ٦ من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي تلك الحقوق والحريات، فقد ورد في الفقرة الثانية من المادة الثانية سالفة الذكر أنه:«لايجوز القبض على أحد، أو تفتيشه أو حجزه أو حبسه، إلا في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في القانون ولايتم الحجز أو الحبس إلا في الأماكن المخصصة لكل منهما، وللمدة المحددة في الأمر الصادر من السلطة المختصة. ويحظر إيذاء المتهم جسمانياً أو معنوياً ، كما يحظر تعرض أي إنسان للتعذيب أو المعاملة الحاطة بالكرامة».

---

(١) انظر المواد ٤١، ٤٢، ٤٤، ٤٥، ٥٧ من الدستور المصري، والمادة ٢٨ من الدستور السوري، والمادة ٣٣ من الدستور التركي، والمواد ٢٦، ٢٨، ٣٠ من دستور أفغانستان، والمواد ٢٨، ٣٥، ٤٠ من الدستور الياباني، والمواد ١٤، ١٥، ٢٨من الدستور الإيطالي.

كما جاء في المادة الثالثة من ذات القانون أنه:«لايجوز لأفراد السلطة العامة الدخول في أي محل مسكون إلا في الأحوال المبينة في هذا القانون، أو في حالة طلب المساعدة من الداخل، أو وقوع خطر جسيم يهدد النفس أو المال».

وأخيراً نصت المادة السادسة من القانون آنف الذكر أنه: "تشرف النيابة العامة على المنشآت العقابية وأماكن الحبس الاحتياطي والحجز وحبس المدنيين».

وعلى وجه العموم فإن رجل الشرطة ملزم بأن يكون عمله مطابقاً للقواعد الإجرائية المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية، وأن يراعي الأمانة التامة في كل ما يتخذه من إجراءات، وأن يتجنب كل ما من شأنه أن يجعل المتخذ ضده الإجراء في حالة خوف أو رعب وذلك حتى لايعرض الدليل ومانجم عنه للبطلان، ويعرض نفسه للمساءلة الجنائية أو التاديبية[1].

الفصل الثاني

مراحل جمع الأدلة والإجراءات الواجب اتخاذها بمعرفة ماموري الضبط القضائي

٨- نبذة:

جعل الشارع الإماراتي لرجال الضبط القضائي سلطة اتخاذ بعض الإجراءات، حيال من تتوافر ضده معلومات، أو تشير الدلائل أو العلامات أنه

(١) انظر قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي رقم ٣ لسنة ١٩٨٧، الباب الثاني -الفصل الثاني- المواد ٢٤٠ ومابعدها.

ارتكب جريمة معينة، وهذه الإجـراءات قد يكتفي فيها باستدعـاء المتخذ ضده الإجراء للاستفسار منه عمـا ورد من معلومات قبله. وقد يتطلب الأمر القبض عليه وتفتيشه وسؤاله، وأخيراً قد يلزم تفتيش مسكنه ومن يتواجد به.

وهذه السلطات الممنوحـة لرجال الضبط القضـائي مرهونة بمشروعـية الإجراء، وقوته من حيث الإثبات.

فمن حـيث مشـروعيـة الإجراء، فإنه يكون مـشروعـاً إذا ما كان مـطابقاً للقانون، أما إذا تعارض مـعه تعارضاً صريحاً فإنه يتسم بعـدم المشروعية، مثال ذلك، التأثير على إرادة المتخـذ ضده الإجراء، لانتزاع اعتراف منه، وذلك عن طريق التعذيب، أو التخويف أو التهديد أو الوعد أو الوعيد، أو دخول منزل بطريقة غير قانونية، أو القبض الباطل الذي يسفر عن حالة تلبس... إلخ.

وأما من حيث قوة الإثبـات، فقد استعمل الشارع الإماراتي عـبارات معينة، لكل منهـا دلالتها في قـوة الإثبات، ورتب على ذلك اتخـاذ إجراءات مـحددة، ويمكن القـول بأن القوة الثـبوتية لـلدليل تمر بثلاث حـالات هي: الاشتـباه، وتوافر الأدلـة الكافية، والـتلبس، ولكل منها إجـراءات مسـتقلة بهـا، سوف نتناولها في مباحث ثلاثة متتالية.

المبحث الأول
الاشـتـباه

٩- المقصود بالاشتباه:

يقـصد بالاشـتبـاه الأمارات أو العـلامات التي لاتؤدي حـتمـاً إلى نسبـة الجريمة لشـخص معين. فكل من قُـدم ضده بلاغ أو شكوى، أو أجـرى بشانه مامور الضـبط القضائي بعض التحريات أو الاستـدلالات، يعد مشتبهـاً فيه، فالدلائل غـير الكافيـة، والشك البسيـط، والقرائن الضعـيفة التي تشـير إلى ارتكاب شخص ما جريمة، تجعله شخصاً مشتبهاً فيه.

١٠- معيار الاشتباه:

هو مـعـيـار رجل الشـرطة العـاقل والحـصيف، الـذي لو وُضع في نفس الظروف، لوجد أسباباً مـقبولة لاقتناعه بتوافر الشبـهات حول شخص معين لارتكابه الجـريمة، وهذا الاقتناع يعـتمد على الضـميـر والوجدان، وسـرعة البديهة والملاحظة ، ويخضع لإشراف النيابة العامة ومحكمة الموضوع.

ونقطة الفصل بين المشتبه فيه والمتهـم، هي التي يقتنع فيها مامور الضبط القضائي، بان الشبـهات تحيط بالمشتبه به، وأن القـرائن والأدلة كافية على اتهامه، فإذا كانت الأدلة والقرائن والشبهات غير كافية كان مشتبهاً فيه[1].

فالاشتبـاه يكفي لتوافره وجود أمارة أو علامة واحـدة، تؤدي الى اشتباه معقول، بان شـخصاً ما هو مرتكب الجريمة، لذلك إذا مـاقُدم بلاغ ضد شخص

(١) د. محمد علي سالم آل عياد الحلبي، اختصاص رجال الضبط القضائي في التحري والاستدلال والتحقيق، المرجع السابق، ص٣٤٢.

عد مشتبهاً فيه، ولايعتبر متهماً إلا إذا أيدت التحريات البلاغ المذكور، أو أيدته شهادة الشهود، أو الآثار المادية المتروكة في مكان الواقعة..إلخ[1]، ففي الاتهام يلزم أكثر من أمارة، تحمل على الاعتقاد بأن شخصاً معيناً هو مرتكب الجريمة.

١١- طبيعة إجراءات الاشتباه:

مرحلة الاشتباه سابقة على مرحلة التحقيق، وبذا تعد مرحلة تمهيدية، الهدف منها التثبت من وقوع الجريمة، والبحث عن مرتكبها، وجمع المعلومات اللازمة للتحقيق ، فإذا أسفرت المعلومات، أو الوقائع أو الظروف الظاهرة- إذا ما أضيفت إلى دلالتها المنطقية- إلى توافر شبهات معقولة بأن شخصاً معيناً قد اقترف الجرم، كان على رجل الشرطة استدعاؤه للاستفسار منه عن تلك المعلومات، وتمكينه من تبديد الشكوك المثارة حوله.

وتتميز الإجراءات في هذه المرحلة بأنها ليست جبرية، فلا مساس فيها بالحريات أو حرمة المساكن، وكل ما لرجل الشرطة من سلطة هو استدعاء المشتبه فيه، لسماع أقواله-دون حلف يمين- فيما أثير حوله من شبهات، فإذا رفض الحضور، فلا يجوز اتخاذ إجراء ضده إلا عن طريق النيابة العامة، بأن تصدر أمراً بضبطه وإحضاره، وقد تطلب النيابة مزيداً من المعلومات عن طريق البحث والتحري، حتى يتوافر لديها أسباب كافية لإصدار أمر القبض.

---

(١) لذلك قضي بأن مجرد التبليغ عن جريمة لايكفي للقبض على المتهم وتفتيشه بل يجب أن يقوم البوليس بعمل تحريات عما اشتمل عليه البلاغ، فإذا أسفرت هذه التحريات عن توافر دلائل قوية على صحة ماورد فيه، فعندئذٍ يسوغ القبض والتفتيش. نقض مصري ١٩٣٧/١٢/٢٠، مجموعة القواعد القانونية، ج٤، ق١٣١، ص١٢١.

١٢- السلطة الممنوحة في حالة الاشتباه:

منح الشارع الإماراتي رجل الشرطة سلطات محدودة في هذه المرحلة، حتى لايتخذ إجراء ضد شخص برىء.

لذلك نصت المادة ٣٠ من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي -لدولة الإمارات العربية المتحدة- على أن: «يقوم مأمور الضبط القضائي بتقصي الجرائم، والبحث عن مرتكبيها، وجمع المعلومات والأدلة اللازمة للتحقيق والاتهام».

ونصت المادة ٣٥ من ذات القانون على أنه:«يجب على ماموري الضبط القضائي أن يقبلوا التبليغات التي ترد إليهم في شان الجرائم، ويجب على مرؤوسيهم أن يحصلوا على الإيضاحات، وإجراء المعاينة اللازمة لتسهيل الوقائع التي تبلغ إليهم، أو التي يعلمون بها، بأية كيفية كانت، وعليهم أن يتخذوا الوسائل التحفظية اللازمة للمحافظة على أدلة الجريمة»[1].

واستقصاء الجرائم يعني جمع المعلومات، وإجراء التحريات التي تؤدي للوصول إلى معرفة الحقيقة، والحصول على الإيضاحات المتعلقة بالجريمة، وجمع المعلومات عنها يكون عن طريق الاستماع إلى شهادة الشهود، والاستعانة بالخبراء وسماع أقوالهم، ولايجوز تحليف الشهود أو الخبراء اليمين، إلا إذا خيف عدم استطاعة سماع الشهادة بيمين فيما بعد، والقيام بالمعاينات واتخاذ الوسائل التحفظية اللازمة للمحافظة على أدلة الجريمة، كتحرير المضبوطات، ووضع الأختام، وتصوير مكان الحادث، ووضع الحراسة اللازمة، ورفع البصمات، وغير ذلك من الإجراءات .

---

(١) يقابل هذا النص في قانون الإجراءات الجنائية المصري المادة ٢٤ منه.

وكذلك سماع أقوال المشتبه فيه، دون مناقشته تفصيلاً أو مواجهته بالشهود، وذلك ليقدم مايشاء الاستناد إليه من أوجه دفاع، ولايلزم تواجد محام معه، لأنه يعامل كشاهد، وإن كان لايحلف اليمين، فإذا قويت الاتهامات من حوله، أبلغ بالتهم المسندة إليه، وبأن من حقه الاستعانة بمحام.

وعموماً؛ كل إجراء يقوم به رجل الضبطية القضائية يعتبر صحيحاً منتجاً لأثره، مادام لم يتدخل بفعله في خلق الجريمة بطريق الغش، أو الخداع، أو التحريض على مقارفتها. وطالما بقيت إرادة الجاني حرة غير معدومة، ولاتتصادم الوسيلة التي اتخذها للكشف عن الجريمة مع أخلاق الجماعة[1].

لذلك لاتثريب على ماموري الضبط القضائي فيما يقومون به من التحري عن الجرائم بقصد اكتشافها، ولو اتخذوا في سبيل ذلك التخفي، وانتحال الصفات، حتى يأنس الجاني لهم، ويامن جانبهم، فمسايرة رجال الضبط للجناة -بقصد ضبط جريمة يقارفونها - لايجافي القانون ولايعد تحريضاً على الجريمة، مادامت إرادة هؤلاء تبقى حرة[2].

وتجدر الإشارة إلى أن استيقاف التحري Investigative stop - والذي بمقتضاه يحق لرجل الشرطة أن يقترب من أحد الأشخاص في الطريق العام للاستفسار منه عن إحدى الجرائم إذا ماتوافرت له أسباب معقولة Reasonable grounds تدعوه للاعتقاد أن الشخص قد ارتكب أو على وشك أن

(١) راجع نص المادة ٤٥ من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية بالكويت والقاضية بانه لرجال الشرطة عند قيامهم بالتحريات، أن يستعملوا وسائل ا لبحث والاستقصاء التي لاتضر بالأفراد ولاتقيد حرياتهم. وراجع أيضاً نقض مصري ١٧مارس ١٩٦٩ مجموعة الأحكام، س.٢٠، رقم٧٣، ص٣٣٥.

(٢) نقض مصري ١٤ فبراير ١٩٦٦ مجموعة الأحكام س١٧، رقم ٢٤، ص١٣٤.

يرتكب فعلاً إجرامياً، أو لسؤاله عن هويته وحرفته ومحل إقامته ووجهته إذا ماوضع نفسه طوعاً واختياراً موضع الشك والريبة -لايعد قبضاً طالما أن الشخص يدرك- على نحو معقول -أنه ليس هناك مايقيد حريته، وأن له مطلق الحرية في الانصراف، أما إذا أشار رجل الشرطة -على نحو ما- للشخص أنه يتعرض لقيد ما، من خلال إظهار السلاح، أو لمس الشخص، أو استخدام لهجة أو نبرة صوت توحي للشخص بأن عليه أن يمتثل لما يطلبه، فإنه يعد في هذه الحالة مقبوضاً عليه.

لذلك ذهب القضاء الأمريكي على أن استيقاف التحري يتعين أن لايتجاوز ماهو ضروري لتحقيق الغرض منه، وأن أساليب التحري المستخدمة، يبنغي أن لاتنطوي إلا على أقل درجات التطفل الممكنه، واللازمة لتاكيد أو نفي الشك، الذي ثار لدى رجال الضبطية القضائية في فترة من الزمن[١].

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن الاستيقاف يبرر ملاحقة الشخص إثر فراره للتحري عن حقيقة أمره، بشرط أن يدل هذا الفرار -في ذاته- على الارتياب في أمره[٢]. كما قضت بأن الاستيقاف قد يتطلب التحري عن الشخص أكثر تفصيلاً، ولذلك فإن اقتياده إلى مركز الشرطة لمعرفة حقيقة أمره، لايعتبر قبضاً، وإنما تعرض مادي من مقتضيات الاستيقاف[٣]. وقضت أيضاً بان الاستيقاف قد يسفر عن حالة تلبس، أو حالة من الحالات التي يجوز فيها القبض، فلا يعد ذلك من آثار الاستيقاف وإنما بمناسبته، مثل تخلي الشخص المستوقف -بإرادته- عما يحمله، مما تعد حيازته جريمة،

(١) Florida V. Rpyer, 460 U.S. 497, 1983.

(٢) نقض مصري ١٨ مارس ١٩٦٨، مجموعة الأحكام، س١٩، رقم ٦٠، ص٣٢٨.

(٣) نقض مصري ٣ يونيو ١٩٧٤، مجموعة الأحكام، س٢٥ رقم ١٢٠، ص٥٦٤.

كالمخدرات والسلاح غير المرخص بحمله، فإن هذا التخلي يكون صحيحاً، وتتوافر به حالة التلبس[1].

وجدير بالذكر، أنه لايجوز لرجل الشرطة أن يفتش المشتبه فيه تفتيشاً معاصراً لاستيقاف التحري، إلا إذا كانت غاية هذا التفتيش، مجرد تجريده مما يحتمل وجوده معه من سلاح، يخشى أن يستعمله في الاعتداء به على من يقوم بالإمساك به، لذلك رفض القضاء الأمريكي -في قضية تيري ضد أوهايو- القول بانه يجوز تلقائياً لضابط الشرطة أن يجري التفتيش المعاصر للاستيقاف القانوني، وقد ذهب بدلاً من ذلك إلى أنه يجوز للضابط أن يقوم بتحسس محدود لبدن الشخصLimited pat-down ، بحثاً عن أي سلاح، إذا ماتوفرت للضابط أسباب معقولة تدعوه للاعتقاد، أن الشخص يحمل سلاحاً، ويمثل خطورة حالة. ومن ثم فقد أصرت المحكمة على أن يقتصر التفتيش على البحث عن السلاح فقط، لأنه مجرد إجراء وقائي، ينحصر هدفه في تجريد الشخص مما يحتمل وجوده في حوزته من أدوات أو أسلحة، كما يجب عدم اللجوء إليه، إلا إذا قامت أسباب قوية، تدعو للاعتقاد أنه يشكل خطورة فعلية[2].

١٣- السلطة المختصة في مرحلة الاشتباه:

يتضح من نص المادتين ٣٠، ٣٥ سالفتي الذكر، أن جميع فئات الشرطة -سواء أكانوا رجال سلطة عامة، أم مأموري ضبط قضائي- تختص باتخاذ جميع الإجراءات في هذه المرحلة، فالمشرع الإماراتي لم يفرق بينهم في تلك الواجبات، لأنها إجراءات ليس فيها اعتداء على الحقوق الشخصية، وهذا

---

(١) نقض مصري ٣ يناير ١٩٦٦ مجموعة الأحكام س١٧ رقم ٢ ص ٥.

(٢) Terry V. Ohio, 392 U.S. 7, 1968.

ماجرى عليه العمل في التشريعات الإجرائية المقارنة[1]، فرجال السلطة العامة، رغم أنهم لايعدون من رجال الضبط القضائي، إلا أنهم يقومون بمساعدتهم في أداء مايدخل في نطاق وظيفتهم؛ من جمع استدلالات موصلة إلى التحقيق، بالحصول على جميع الإيضاحات وإجراء المعاينة اللازمة لتحقيق الوقائع الجنائية التي تبلغ إليهم، واتخاذ الوسائل التحفظية اللازمة للمحافظة على أدلة الجريمة.

لذلك قضي بأن القانون لايوجب حتماً، أن يتولى رجل الضبط القضائي بنفسه التحريات التي يؤسس عليها الطلب بالإذن له بتفتيش الشخص، بل له أن يتسعين فيما قد يجريه من تحريات، أو مايتخذه من وسائل التنقيب، بمعاونيه من رجال السلطة العامة، والمرشدين السريين، أو من يتولون إبلاغه عما وقع بالفعل من جرائم، مادام هو قد اقتنع شخصياً بما نقلوه إليه،وبصدق ماتلقاه عنهم من معلومات[2].

المبحث الثاني

الأدلة الكافية

١٤- ماهية الأدلة الكافية:

هي مجموعة وقائع ظاهرة وملموسة تحمل على الاعتقاد بأن شخصاً معيناً قد ارتكب إحدى الجرائم[3].

---

(١) راجع المادة ٢٤ من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

(٢) نقض ١٣ مايو ١٩٧٣، مجموعة الأحكام س٢٤ رقم ١٢٨، ص٦٢٤.

(٣) د. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ط١٩٨٦، دار النهضة العربية، ص٤٨٥.

وتقدير الأدلة على الاتهام ومدى كفايتها متروك لرجل الضبط القضائي، مادام من شأنها أن تسوغ مارتب عليه، ولايشترط أن يثبت فيما بعد صدق دلالتها على ارتكاب المتهم للجريمة، على أن يكون تقديره هذا خاضعاً لرقابة سلطة التحقيق، تحت إشراف محكمة الموضوع، التي لها أن تقضي بعدم كفايتها أو عدم توافرها، وأن تقضي بالتالي ببطلان الإجراءات المترتبة عليها، واستبعاد الدليل المستمد منها[1].

١٥- السلطة الممنوحة في حالة توافر الأدلة الكافية:

لقد اختلفت القوانين الإجرائية المقارنة، بشأن السلطات الممنوحة لرجال الضبط القضائي، في حالة توافر الأدلة الكافية، فبعض القوانين خولت ماموري الضبط سلطة القبض على المتهم وتفتيشه، والبعض الآخر لايسمح لماموري الضبط بهذا الحق، خشية إساءة استعمال الصلاحيات المخولة لهم، والتعسف في استعمال سلطاتهم، مما يؤدي إلى إهدار حرية الأفراد، والاعتداء على حرماتهم، وهناك قوانين أخرى منحت ماموري الضبط هذا الحق بشكل ضيق، وفي جرائم لها جسامة معينة.

ومن القوانين التي لاتسمح لماموري الضبط بالقبض على المتهم، رغم توافر أدلة كافية قبله، نجد قانون الإجراءات الجنائية المصري، فقد ورد في المادة ٢/٣٥ منه أنه:« إذا وجدت دلائل كافية على اتهام شخص بارتكاب جناية أو جنحة سرقة، أو نصب أو تعد شديد، أو مقاومة لرجال السلطة العامة بالقوة والعنف، جاز لمامور الضبط القضائي أن يتخذ الإجراءات التحفظية لمناسبة، وأن يطلب فوراً من النيابة العامة أن تصدر أمراً بالقبض

(١) نقض مصري ٢٤ نوفمبر ١٩٦٩ مجموعة الأحكام س.٢٠ رقم ٢٧٠ ص.١٣٣٠.

عليه»[1]. وفي نفس الاتجاه نجد القانون السوري وأحكام محكمة النقض السورية[2].

ومن القوانين التي تسمح لمأموري الضبط القضائي بالقبض على المتهم، في حالة توافر أدلة كافية قبله، بشروط معينة، نجد قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي رقم ١٧ لسنة ١٩٦٠ ينص في المادة ٥٤ منه على أنه: «لرجال الشرطة حق القبض بدون أمر على المتهمين الآتي ذكرهم: أولاً- من اتهم في جناية وقامت على اتهامه أدلة قوية، ثانياً: من اتهم في جنحة من الجنح الآتية: مقاومة الموظفين العامين أثناء قيامهم بوظيفتهم، السرقة، إخفاء الأشياء المسروقة، النصب، التعدي الشديد، حمل السلاح المخالف للقانون، ثالثاً: كل شخص يشتبه فيه اشتباهاً جدياً أنه كان مقبوضاً عليه ثم هرب».

كما ينص هذا القانون في المادة ٥٥ منه على أنه: «في غير الجرائم السابقة يجوز لرجال الشرطة القبض -بدون أمر- على من اتهم بارتكاب جنحة يعاقب عليها بالحبس، إذا تأيد هذا الاتهام بأدلة جدية وتوافرت في المتهم إحدى الحالات الآتية:

---

(١) ولم يحدد المشرع المصري بتلك الإجراءات التحفظية المناسبة، ولكن بطبيعة الحال لاترقى إلى مرتبة القبض، فما هي إلا إجراءات استدلال تتخذ لمنع المتهم من الهروب والمحافظة على أدلة الجريمة وإن تضمنت حداً لحرية المتهم لايجب أن يصل إلى حد الحجر الكلي على تلك الحرية، وألا تزيد عن الوقت اللازم لعرض الأوراق على النيابة لإصدار أمرها بالقبض.

(٢) راجع نقض سوري ١٨/٣/١٩٥٠ قاعدة ٣٠٦ لسنة ١٩٥٠، ونقض ٩٤٤/٢٨/١٩٥١ القاعدة ١٢٣٨ لسنة ١٥٩١ مشار إليه في مرجع الدكتور/ محمد علي السالم عياد الحلبي، ضمانات الحرية الشخصية، المرجع السابق، هامش ص٣٥٥.

أولاً: إذا لم يكن له محل إقامة معروف، و لم تكن لديه وسيلة مشروعة لكسب العيش. ثانياً: إذا تبين أنه يتخذ الاحتياطات لإخفاء وجوده، أو وجدت دلائل قوية على أنه يحاول الهرب. ثالثاً: إذا طلب منه إعطاء اسمه وعنوانه فرفض، أو لم يقدم بياناً عن شخصيته، أو أعطى اسماً وعنواناً غير صحيحين، أو إذا طلب منه التوجه إلى مركز الشرطة فرفض دون مبرر».

وقد جاءت المادة ١٦ من قانون الإجراءات الجزائية القطري رقم ١٥ لسنة ١٩٧١، وكذا المادة ١١ من قانون الإجراءات الجنائية البحريني لسنة ١٩٦٦، على نحو قريب مما جاء في القانون الكويتي.

وفي القانون الأردني نصت المادة ٩٩ منه على أنه:«لأي موظف من موظفي الضبطية العدلية أن يامر بالقبض على المشتكى عليه الحاضر الذي توجد دلائل على اتهامه في الأحوال الآتية: ١- في الجنايات ٢- في أحوال التلبس بالجنح، إذا كان القانون يعاقب عليها لمدة تزيد على ستة أشهر. ٣- إذا كانت الجريمة جنحة معاقباً عليها بالحبس، وكان المشتكى عليه موضوعاً تحت مراقبة الشرطة، أو لم يكن له محل إقامة ثابت ومعروف في دائرة المحكمة».

وقد سار على ذات المنوال قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي، لدولة الإمارات العربية المتحدة، فحصر سلطة القبض الممنوحة لرجال الضبط القضائي -دون إذن النيابة- في جرائم ذات جسامة معينة وحالات محددة على سبيل الحصر، فقد ورد في المادة ٤٥ منه أن لمأمور الضبط القضائي أن يأمر بالقبض على المتهم الحاضر، الذي توجد دلائل كافية على ارتكابه الجريمة في أي من الأحوال الآتية: أولاً: في الجنايات، ثانياً: في الجنح المتلبس بها المعاقب عليها بغير الغرامة، ثالثاً: في الجنح المعاقب عليها بغير

الغرامة إذا كان المتهم موضوعاً تحت المراقبة أو يخشى هروب المتهم، رابعاً: في جنح السرقة والاحتيال وخيانة الأمانة والتعدي الشديد ومقاومة أفراد السلطة العامة بالقوة وانتهاك حرمة الآداب العامة والجنح المتعلقة بالأسلحة والذخائر والمسكرات والعقاقير الخطرة.

ومفهوم المخالفة لهذا النص، أنه لايجوز لماموري الضبط القضائي القبض على المتهم رغم توافر الأدلة الكافية ضده، إذا كان الفعل المسند إليه يشكل جريمة بسيطة، كالمخالفات والجنح المعاقب عليها بالغرامة، وكذا الجنح المعاقب عليها بغير الغرامة وغير المتلبس بها بشرطين: أولهما: ألا يكون المتهم موضوعاً تحت المراقبة، أو يخشى هروبه، وثانيهما: ألا تكون الجريمة من الجنح المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من المادة ٤٥ سالفة الذكر.

ولقد ذهب القضاء الأمريكي إلى أنه يجوز لرجال الشرطة أن يقوموا تلقائياً بتفتيش الشخص الذي يتم إلقاء القبض التحفظي "Custodial arrest" عليه، بصرف النظر عن طبيعة الجريمة أو خطورتها، وقد استند هذا القضاء في تبرير هذه النتيجة إلى حد كبير إلى الحاجة إلى وجود قواعد واضحة "bright- line rules" تتمثل في ضرورة تجنب الاستناد إلى أسس دقيقة لتفرقة لا نهاية لها، تجعل من المتعين على رجال الشرطة إصدار حكم في مكان الواقعة في وقائع منفردة، تختلف من قضية لأخرى، في مواقف تتكرر كثيراً، ولاتتضمن إلا تطفلاً "بسيطاً نسبياً" على الخصوصية[1].

(١) United States V. Robinson, 414, U.S. 218, 1973.

وجدير بالذكر أن التعديل الرابع[1] الذي أدخل على دستور الولايات المتحدة الأمريكية قضى بأنه: «لايجوز الإخلال بحق الناس في أن يأمنوا على أنفسهم ومساكنهم، وأوراقهم ومتعلقاتهم، ضد أي قبض أو تفتيش دون مبرر معقول، ولايجوز أن يصدر الإذن بالقبض أو التفتيش إلا بناء على سبب محتمل[2]، مستنداً إلى اليمين أو الإشهاد القضائي، على أن يتضمن بوجه خاص وصفاً للمكان المطلوب تفتيشه، والأشخاص أو الأشياء المطلوب ضبطهم».

ولقد انقسم القضاء الأمريكي إلى اتجاهين حول تفسير هذا التعديل، بخصوص سلطة رجل الشرطة في القبض أو التفتيش، بدون إذن من السلطة القضائية المختصة. **الاتجاه الأول**: يمنح رجل الشرطة حق القبض والتفتيش دون اللجوء إلى السلطة القضائية المختصة، إذا توافر قبله مبرر معقول لاتخاذ هذا الإجراء، والاعتبارات الحاسمة في تقرير معقولية المبرر - Reasonableness - : وهو ما إذا كان لدى الشرطة سبب محتمل للتفتيش، وما إذا كان التفتيش قد أجري بأسلوب معقول، يمكن تقديره بعد إتمام التفتيش أو الضبط، ومن ثم فإن وجود الإذن أو عدمه، هوواحد من بين عدة عوامل، يتعين مراعاتها في كل قضية، عند تقرير ما إذا كان للتفتيش أو الضبط الذي تم مبرر معقول أم لا.

---

(١) يطلق لفظ التعديل على كل مادة أدخلت على دستور الولايات المتحدة بعد إقراره في ١٧ سبتمبر ١٧٨٧. وقد جاء التعديل الرابع ضمن باقي التعديلات التي أدخلت على الدستور وشملها إعلان الحقوق The bill of right في ١٥ ديسمبر ١٧٩١.

(٢) السبب المحتمل هو مجموعة الوقائع والظروف التي تحمل الشخص العاقل والحصيف على الاعتقاد بأن شخصاص معيناً قد ارتكب إحدى الجرائم، وتجدر الإشارة إلى أن محكمة الجنايات تخصص الجلسة الأولى ويطلق عليها الجلسة التحضيرية.Preliminary hearing

وأما الاتجاه الثاني : ذهب إلى أن عدم الحصول على اذن أمر يفترض معه انتفاء وجود المبرر المعقول، باستثناء حالة الضرورة، فالتعديل قد وضع ليس لمجرد علاج القبض والتفتيش دون مبرر معقول بعد إجرائهما، ولكن للحيلولة دون وقوعهما على الإطلاق، واشتراط الحصول على إذن في كل القضايا يدعم هذا الهدف من أوجه ثلاثة :

أولها : أنه يخفف من حدة المطاردة، ويفرض على الضابط أن يكون تقديره لمعقولية المبرر أكثر تدبراً قبل أن يقدم على التصرف.

ثانيها : أنه يعتبر سجلاً لما كان يعرفه الضابط تحديداً وقت القبض أو التفتيش، ومن ثم يوفر للقضاء سلطة المراقبة ليقرر ما إذا كان تصرف الضابط له ما يبرره أم لا.

ثالثها : أنه يضمن عدم اتخاذ القرارات المتعلقة بالسبب المحتمل، ونطاق التفتيش من قبل ضباط الشرطة الذين اشتركوا في تعقب الجريمة، ولكن من قبل قضاة محايدين أو متجردين، يرجح أن يقوموا بالمحافظة على التوازن بين الاعتبارات المتقابلة بأسلوب عادل وموضوعي.

وعلى هذا الأساس ذهب الاتجاه الثاني إلى أن القبض أو التفتيش الذي يقع دون إذن لايكون له مبرر معقول إلا إذا استطاع الضابط أن يثبت أن عدم الحصول على إذن تصرف أملته ظروف غير عادية Extra Ordinary Circonstances.

والحقيقة أن كلا الاتجاهين أحرز نجاحاً نسبياً، فمنذ عام ١٩٤٨ ذهب القضاء إلى أن التفتيش يجب أن يتم بناء على إذن باستثناء حالتين هما : حالة الضرورة Exigent Circonstances ، والتفتيش المعاصر للقبض[١] ، ومنذ

(١) Johnson V. United States, 333 U.S. 10, 1948.

عام ١٩٧٥ ذهب القضاء إلى أنه لا يشترط الحصول على إذن للقبض على الشخص[1]. ولقد فسر القضاء هذا الخلاف الظاهري على أساسين : أولهما ، أن اشتراط الحصول على إذن بالقبض سوف يقوض على نحو خطير التنفيذ الفعال للقانون. وثانيهما ، أنه رغم وجود تقليد منذ فترة طويلة يؤيد ضرورة الحصول على إذن تفتيش، فليس هناك تاييد تاريخي مماثل باشتراط الحصول على إذن بالقبض.

ولقد استقر القضاء الأمريكي على جواز التفتيش بدون إذن في حالة الضرورة، ولعل أكثر الأمثلة شيوعاً لبيان حالة الضرورة هما تفتيش المركبات، والتفتيش المعاصر للقبض.

ففي قضية كارول ضد الولايات المتحدة[2]، حدد ضباط المكافحة التابعون للحكومة الفيدرالية سيارة تسير في الطريق السريع، وكان لدى الضباط سبب محتمل، يدعو للاعتقاد أن السيارة تحمل مشروبات كحولية محظورة، ولكنهم إذا ما توجهوا للحصول على إذن فسوف تكون السيارة قد فرت، وبالتالي فقد أوقفوا السيارة، وقاموا بتفتيشها في مواقع الضبط، وقد ذهبت المحكمة العليا ؛ إلى أن تفتيش السيارة قد تم بناء على مبرر معقول ؛ لأن المركبة يمكن أن تتحرك، ومن ثم فإن السيارة – في هذه القضية – كان من الممكن أن تغادر دائرة اختصاص الضباط، في الوقت الذي يتوجهون فيه للحصول على إذن.

وإذا كان لرجال الشرطة أن يقوموا بتفتيش مركبة دون إذن، على اعتبار أن هناك سبباً محتملاً يدعو للاعتقاد أنها تحمل مواداً محظورة، أو أدلة على

(١) United States V. Watson, 433 U.S. 411, 1975.

(٢) Carrol V. United States, 267 U.S. 132, 1925.

ارتكاب جريمة ما، فهل يمكن لهم تفتيش غيرها من الممتلكات، مثل المساكن أو الحقائب إذا ما وجد سبب محتمل وكان هناك احتمال إتلاف الدليل. لقد أجاب القضاء على ذلك بالنفي.

ففي قضية فيل ضد لويزيانا قررت المحكمة، أن رجال الشرطة لايمكنهم عادة تفتيش مسكن الشخص دون إذن، لمجرد أنهم يعتقدون بوجود شخص ما في المسكن، قد يقوم بإتلاف الدليل(١) . وفي قضية الولايات المتحدة ضد شادويك قضت المحكمة بان : رجال الشرطة لايمكنهم تفتيش صندوق المهمات دون إذن لمجرد أنه - مثل السيارة - يمكن أن ينقل خارج دائرة الاختصاص، حيث قررت أن الفرد يتوقع قدراً أقل من الخصوصية Lesser Expectatiom of privacy في سيارته عنه في مسكنه، أو في غير ذلك من الممتلكات، ولذلك فإن السيارة تتمتع بحماية أقل، بموجب التعديل الرابع في الدستور(٢).

١٦- التفتيش المعاصر للقبض بدون إذن :

لقد اتفقت أغلب التشريعات الإجرائية، على أن لرجال الضبط القضائي تفتيش المتهم في جميع الأحوال التي يجوز فيها القبض عليه، لأن إجراء التفتيش أقل خطورة من القبض، لذلك فما دام القانون قد أباح لمأموري الضبط القضائي القبض، فلا غضاضة في منحه حق التفتيش، لما فيه من قيمة بالنسبة للتحقيق، وذلك بالكشف عن جسم الجريمة، أو الأدوات التي استخدمت فيها، وحتى لا يتمكن المقبوض عليه من إخفائها أو إعدامها.

---

(١) Vale V. Louisiana 399 U.S. 30, 1970.

(٢) United States V. Shadwick, 433 U.S.I , 1976.

ولقد أكد على ذلك نص المادة ٤٦ / ١ من قانون الإجراءات الجنائية المصري، فقضت بانه في الأحوال التي يجوز فيها القبض قانوناً على المتهم، يجوز لمامور الضبط القضائي أن يفتشه.

وكذلك نص المادة ٥١ من قانون الإجراءات الإماراتي، والقاضية بانه لمامور الضبط القضائي أ ن يفتش المتهم في الأحوال التي يجوز فيها -قانوناً- القبض عليه، ويجري تفتيش المتهم بالبحث عما يكون بجسمه، أو ملابسه أو أمتعته، من آثار أو أشياء تتعلق بالجريمة، أو تكون لازمة للتحقيق فيها.

وفي أمريكا : لرجال الشرطة تلقائياً – عند إلقاء القبض على المتهم في الأحوال التي يجوز لهم فيها ذلك – دون الحصول على إذن تفتيش أو قبض – أن يقوموا بتفتيشه بحثاً على الأدوات المستخدمة في الجريمة، أو الدليل على ارتكابها. وقد استند القضاء في تبرير هذا المبدأ إلى عدد من الأسس، تتمثل : في ضرورة حماية الضباط القائمين بتنفيذ ا لقبض، أو منع المقبوض عليه. إتلاف الدليل الموجود في حوزته. فضلاً عن أن عملية القبض إجراء بالغ التاثير، لدرجة أن التفتيش المصاحب له لا يكون له إلا تاثير محدود، علاوة على أن المتهم يتم تفتيشه وقائياً في ديوان القسم "Inventotory Seasrch" [1].

١٧- حدود التفتيش المعاصر للقبض :

التفتيش المعاصر للقبض إجراء من إجراءات التحقيق، التي خولها المشرع – استثناء لماموري الضبط القضائي عندما منحهم حق القبض، والمقصود بتفتيش شخص المتهم، هو كل ما يحمله بشخصه، ولذلك تدخل في محيط هذا التفتيش الحقائب التي يحملها، وكذ لك الأوراق الموجودة معه، ولا يتعدى شخص المتهم إلى منزله، حتى ولو تم القبض على المتهم في منزله.

(١) راجع جيفري أر. ستون- التفتيش والضبط-المرجع السابق، ص٥.

وفي أمريكا سمح القضاء - في إحدى الفترات - للشرطة أن تقوم بتفتيش مسكن المتهم، باعتباره تفتيشاً معاصراً للقبض، إلا أنه عدل عن ذلك مؤخراً، وقصر هذا التفتيش على المنطقة الواقعة تحت السيطرة المباشرة Immediate Contral للمقبوض عليه، وهي المنطقة التي يمكنه في نطاقها أن يحصل على سلاح، أو أن يتلف دليلاً[1].

ففي قضية شيمل ؛ قصرت المحكمة العليا نطاق التفتيش المعاصر للقبض على شخص المقبوض عليه، والمنطقة الواقعة تحت سيطرته المباشرة، وقد فسر القضاء هذا الحكم ليشمل ليس فقط ما يصل إليه ذراع المقبوض عليه على امتدادها، ولكن أيضا المناطق التي يمكنه الوصول إليها وقت القبض عليه، بغض النظر عن وصوله إليها فعلاً وقت التفتيش.

ولكن في قضية ميريلاند ضد بوي Maryland V . Buie، وجدت المحكمة العليا أن هذا النطاق لايكفي لتحقيق أمن الضباط القائمين بالقبض، ومن ثم فقد وسعت من نطاق التفتيش المعاصر للقبض داخل المسكن، ليشمل التفتيش الوقائي دون إذن لجميع المناطق " المجاورة مباشرة " كما أجازت التفتيش الوقائي للمناطق الأخرى بناء على اشتباه معقول.

وفي هذه القضية اتهم بوي ومعه شخص آخر في جريمة سطو مسلح، وكان أحدهما يرتدي بدلة عَدْو حمراء، وقد استصدرت الشرطة إذناً بالقبض على بوي وشريكه، وبعد يومين تحققت الشرطة - تليفونياً - من وجود بوي بالمنزل، حيث انتقلوا إليه، وبمجرد دخولهم انتشروا في الطابقين الأول والثاني، ونادى أحد الضباط في الطابق الأرضي موجهاً أمره إلى من يوجد هناك بالصعود، فرد عليه صوت يستفسر عمن ينادي فأجابه الضابط ثلاث

(١) راجع جيفري أر. ستون- التفتيش والضبط-المرجع السابق، ص٦.

مرات " نحن الشرطة أرفع يديك.. " وفي النهاية ظهرت يدان مرفوعتان عند قاع بئر السلم. وخرج بوي من الطابق الأرضي، حيث تم القبض عليه وتفتيشه، ووضع القيد الحديدي في يديه. وبعد ذلك حضر آخر وهو ضابط المباحث فروليش ودلف إلى الطابق الأرضي ليتأكد من عدم وجود شخص آخر، حيث لاحظ وجود بدلة عدو حمراء، ملقاه على كومة من الملابس في مكان ظاهر، فقام الضابط بضبط البدلة حيث اعتد بها كدليل عند المحاكمة رغم اعتراض بوي.

لم ينازع بوي في حق الشرطة في القبض عليه، وفي تفتيش المنزل، ولكنه دفع بأن دخول ضابط الشرطة فروليش الدور الأرضي بعد القبض عليه، لم يكن له ما يبرره دستورياً ، لاعتباره واقعة معاصرة للقبض.

وعند إعادة نظر القضية أمام المحكمة العليا، لبحث المبرر الذي كان يجب توافره حتى يكون دخول فروليش للطابق الأرضي، للتاكد من عدم وجود شخص آخر هناك - موافقاً للدستور. وازنت المحكمة بين انتهاك خصوصية بوي في الأماكن الأخرى من منزله، والتي لم يتم تفتيشها قبل القبض عليه، في مقابل مصلحة الضباط في التأكد من أن منزل بوي لا يضم غيره من الخطرين الذين قد يفاجئونهم بالهجوم. ونظرًا لأن القبض في مكان مغلق، في منطقة غير معروفة للضباط، يثير مخاوف أكثر من وجوده في مكان مفتوح، في منطقة مألوفة لديهم، فقد رجحت المحكمة السماح للضباط القائمين بالقبض، باتخاذ إجراءات معقولة لتأمين أنفسهم بعد القبض. وقد أرست المحكمة مبدأين بديلين للشرطة لإجراء التفتيش الوقائي Protective Sweeps للمساكن والمعاصر للقبض وهما :

١- حق الشرطة تلقائياً في تفتيش المنطقة المجاورة مباشرة Immediately Adjoing لمكان القبض.

٢- حق الشرطة في إجراء تفتيش وقائي للمناطق الأخرى Other Areas بناء على اشتباه معقول Reasonable Suspicion ، بأن المكان الذي تقرر تفتيشه يضم شخصاً يشكل خطراً على الأشخاص الموجودين بمكان القبض، مثال ذلك الدواليب، والأماكن التي يمكن أن يتعرض الضابط منها للاعتداء مباشرة، ولتامين الأدلة المضبوطة أثناء القبض داخل المسكن، فإنه يجب على الضباط أن يكونوا مستعدين لتقديم مبرر عن إجراء أي تفتيش وقائي معاصر للقبض. وبديهي أن دخول الضابط لبعض الأماكن في المسكن يتيح له الحصول على دليل من مكان ظاهر، وفي هذه الحالة يجوز ضبط مثل هذا الدليل إذا ما كانت طبيعته في إثبات التهمة واضحة بشكل مباشر.

ومن ثم فقد انتهت محكمة الاستئناف - بولاية ميريلاند في هذه القضية - إلى أن التفتيش الذي أجراه الضابط فروليش للدور الأرضي بمسكن بوي، يبرره اعتقاد بأن شريك بوي قد يكون مختبئاً هناك، ولعله كان يحوز السلاح المستخدم في ارتكاب جريمة السطو(١).

وقد يثار في الاذهان !! تساؤل عن نطاق التفتيش المعاصر للقبض، على شخص يركب سيارة !!

لقد ذهبت أحكام محكمة النقض المصرية ؛ إلى أن السيارات الخاصة حرمتها مستمدة من اتصالها بشخص صاحبها أو حائزها ، ومن ثم في الأحوال التي يجوز فيها القبض عليه، وهو مستقلها أو مترجل منها، فإنه

(١) نقلت من بحث لـ د.لويس ديبرتو، تفتيش المساكن المعاصر للقبض- ترجمة د.محمد عبدالرحمن، مركز البحوث والدراسات- دبي- ١٩٩٢.

يجوز تفتيشها[1] ، وفي حالة تركها خالية، وكان ظاهر الحال يشير إلى تخلي صاحبها عنها، سقطت عنها هذه الحماية وجاز تفتيشها[2] ، مع مراعاة أن وقوف السيارة خالية مع إغلاقها يفيد أنها مازالت في حيازة صاحبها ولم يتخل عنها.

أما القضاء الأمريكي : فقد أباح – عند القبض على شخص يركب السيارة – تفتيش المكان الذي يجلس فيه، بما في ذلك الفراغ الموجود بلوحة القيادة، أما الحقيبة الخلفية فلا يجوز تفتيشها لأنها لن تكون في نطاق السيطرة المباشرة عليها[3].

وننوه بأن السيارات العامة والأجرة، ينطبق عليها القواعد الخاصة بالمحلات العامة، ومن ثم يجوز لرجل الشرطة الركوب فيها، والقبض على من يتوافر في حقه شروط القبض،وتفتيش أمتعته، دون أمتعة غيره. الركاب[4] .

كما ننوه كذلك إلى أن الأمر بوقف السيارات الخاصة والعامة والأجرة، للتحقق من مراعاة قواعد قانون المرور، الخاصة بالتراخيص وسلامة المركبة ونحو ذلك، يعد استيقافاً وليس قبضاً أو تفتيشاً، وهو من صميم عمل الشرطة من ناحية إشرافها على تنفيذ القوانين.

---

(١) نقض مصري، الطعن رقم ٦٠٦٢ لسنة ٥٢ القضائية، جلسة ١٤/٢/١٩٨٤، مجموعة الأحكام ، س٣٥، ق٣٠ ص١٤٩.

(٢) نقض مصري ٢٣ ديسمبر ١٩٦٣ مجموعة الأحكام، س١٤، رقم ١٧٦، ص٩٦٢.

(٣) راجع جيفري أرستون، التفتيش والضبط، المرجع السابق، ص٦.

(٤) د. مأمون محمد سلامة- الإجراءات الجنائية في التشريع المصري- ج١، المرجع السابق، هامش ٥٠٠.

١٨- حظر القبض من رجال السلطة العامة :

القبض على الإنسان إنما يعني تقييد حريته، والتعرض له بإمساكه وحجزه - ولو لفترة يسيره - تمهيداً لاتخاذ بعض الإجراءات ضده، وأما تفتيشه فيعني البحث والتنقيب بجسمه وملابسه بقصد العثور على أشياء تفيد في الكشف عن الجريمة، ولقد قصرت التشريعات الإجرائية التي أباحت حق القبض على الأشخاص وتفتيشهم في حالة توافر أدلة كافية قبلهم على رجال الضبط القضائي دون رجال السلطة العامة فليس لهم استقلالاً اتخاذ مثل تلك الإجراءات على اعتبار أنها من إجراءات التحقيق، وإن كان لهم مساعدتهم في القبض والتفتيش ، مادام ذلك تحت بصرهم وإشرافهم ، وقد أكدت على ذلك المادة ٤٥ من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي سالفة الذكر، وإن كانت المادة ٢/٣٣ من ذات القانون، اعتبرت جميع رجال الشرطة ماموري ضبط قضائي، وهذا الأمر منتقد على النحو الذي سبق أن ذكرناه.

١٩- سماع أقوال المتهم فور القبض عليه وتسليمه للنيابة العامة :

نظراً لخطورة القبض على الحقوق والحريات، فقد أحاطه الشارع الإماراتي بضمانات عديدة، وقد عنيت المادة ٤٧ من القانون، ببيان الضمانات الخاصة بمن يقبض عليه مامور الضبط القضائي، وتتمثل هذه الضمانات في وجوب سماع أقواله فوراً، فإذا لم يات بما يبرئه أرسل إلى النيابة العامة، خلال فترة قصيرة حددتها المادة المذكورة بثماني وأربعين ساعة[1]، وعلى النيابة أن تستجوبه في ظرف أربع وعشرين ساعة من إحالته إليها.

---

(١) نصت المادة ٣٦ من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه:"يجب على مامور الضبط القضائي أن يسمع فوراً أقوال المتهم المضبوط وإذا لم يات بما يبرئه، يرسله في مدى أربعة وعشرين ساعة إلى النيابة العامة المختصة. =

ولقد جاءت مدة القبض المنصوص عليها في المادة آنفة الذكر مماثلة لما جاء في المادة ١٠٠ من قانو ن أصول المحاكمات الجزائية الأردني، أما المادة ٣٦ من قانون الإجراءات الجنائية المصري فقد حددتها بأربع وعشرين ساعة.

والحكمة من ذلك، هي أن هذا الإجراء يمس حرية الشخص فيجب ألا يتخطى الحدود المرسومة له. فإذا تم حجزه قبل إرساله للنيابة مدة تزيد عن المدة المحددة قانوناً، كان ذلك تعسفاً منطوياً على سوء استعمال السلطة، الأمر الذي يؤدي إلى مساءلة ماموري الضبط القضائي جنائياً.

والحقيقة أن القانون الإماراتي الاتحادي وكذا القانون الأردني نقلاً هذا النص من التشريع الإجرائي المصري بعد تعديل المدة لتصبح ثماني وأربعين ساعة بدلاً من أربع وعشرين ساعة. والنص المصري منقول من القانون الفرنسي الصادر سنة ١٨١٠، والذي كان يحدد هذه المدة بأربع وعشرين ساعة، لصعوبة تسليم المقبوض عليه فوراً للنيابة حيث لم تكن طرق المواصلات بين المدن الفرنسية سهلة، ولم يتدارك المشرع الإماراتي أو الأردني هذا السبب الذي أصبح في ذمة التاريخ، فاطال المدة بدلا من أن يقصرها [1].

= ويجب على النيابة العامة أن تستجوبه في ظرف أربع وعشرين ساعة ثم تأمر بالقبض عليه أو إطلاق سراحه". ونصت المادة ١٠٠ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني على أنه:" يجب على موظف الضابطة العدلية أن يسمع فوراً أقوال المشتكى عليه. المقبوض عليه فإذا لم يقتنع بها يرسله خلال ثماني وأربعين ساعة إلى المدعي العام المختص ويجب على المدعي العام أن يستجوبه في ظرف أربع وعشرين ساعة ثم يأمر بتوقيفه أو بإطلاق سراحه".

(١) انظر د. فاروق الكيلاني، محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني والمقارن ، المرجع السابق، هامش ص٥٨، ٥٩.

وننوه بأن للمحكمة أن تأخذ باعتراف المتهم في محضر الشرطة، ولو عدل عنه في مراحل أخرى، متى اطمأنت إلى صدقه، ومطابقته للحقيقة والواقع، فالعبرة في الإثبات في المواد الجنائية هي باقتناع القاضي واطمئنانه إلى الأدلة المطروحة عليه، وقد جعل القانون من سلطاته أن يأخذ بأي دليل يرتاح إليه من أي مصدر شاء سواء في التحقيقات الأولية، أو في جلسة المحاكمة، ويزن قوة هذا الدليل في الإثبات، ولا يصح مصادرته في شيء من ذلك، إلا إذا قيده القانون بدليل معين ينص عليه[1].

المبحث الثالث

التلبس

٢٠- المقصود بالتلبس :

يقصد بالتلبس – الجرم المشهود أو الناطق – مشاهدة الجريمة من قبل مامور الضبط القضائي وقت ارتكابها، أو بعده بوقت قصير . فمناط التلبس المشاهدة الفعلية للجريمة، أو التقارب الزمني بين وقت وقوع الجريمة وبين كشفها، والتلبس صفة تلازم الجريمة لا شخص مرتكبها، ويعبر الفقهاء عن هذا المعنى بقولهم إن التلبس عيني لا شخصي، وإنه حالة تلازم الفعل لا الفاعل[2] .

---

(١) نقض مصري، الطعن رقم ٧٦٤٦ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٢/٣/٣.

حكم المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم ٥ لسنة ٤ القضائية جلسة ١٨ مايو ١٩٨٢.

(٢) د. عوض محمد، قانون الإجراءات الجنائية ج١، ط.١٩٩٠، دار المطبوعات الجامعية، ص.٣٢٠ ن٣٢١.

د.فوزية عبدالستار– شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط١٩٨٦، دار النهضة العربية، ص٣٠١.=

٢١- محل التلبس :

لقد اتفقت التشريعات الإجرائية على منح مأمور الضبط القضائي سلطات استثنائية في حالة التلبس، إذا كان الفعل المرتكب جناية، أما المخالفات فلا تشملها لقلة خطرها، ولأن القبض والتفتيش ممتنعان فيها، وبالنسبة للجنح فيوجد خلاف بين هذه القوانين . فبعض القوانين لم تسمح باتخاذ هذه الإجراءات في الجنح المتلبس بها، كالمادة ٧٠ من القانون الفرنسي والمادة ٧٥ من القانون المغربي . والبعض الآخر أجاز اتخاذ مثل تلك الإجراءات في الجنح المتلبس بها، ولكن مع وجود خلاف فيما بينها، بخصوص درجة جسامة الجرم المرتكب . فالمادة ٥٦ من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي، والمادة ١١٢ من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري، والمادة ٤٤ من قانون الأصول الجزائية اللبناني أجازت لمأمور الضبط اتخاذ الإجراءات الاستثنائية في حالة التلبس في جميع أنواع الجنح، أيا كانت العقوبة المقررة لها .

وعلى خلاف ذلك نجد المادة ٣٤ من قانون الإجراءات الجنائية المصري، اشترطت أن تكون الجنحة المتلبس بها معاقبًا عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاث شهور، بينما اشترطت المادة ٩٩ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني أن تكون العقوبة المقررة للجنحة المتلبس بها تزيد على ستة شهور .

وأخيراً نجد قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي الاتحادي لم يجز لماموري الضبط القضائي اتخاذ الإجراءات الاستثنائيه إلا في الجنح المتلبس بها المعاقب عليها بغير الغرامة، وذلك إعمالاً لنص المادتين ٤٥، ٤٩ منه

= نقض مصري ١٩٧٩/٥/١٧ مجموعة الأحكام س ٣٠ رقم ١٢٣ ص٥٨٤ . نقض مصري ١٠ ديسمبر ١٩٧٨ مجموعة الأحكام س٢٩ رقم ١٨٩، ص.٩١٠.

ونرى أن أفضل النصوص التي تواجه حالة التلبس، وتحفظ للقانون فاعليته وتاثيره ، وتراعي في الوقت نفسه حرية الأفراد وحرماتهم، هو ماجاء بالقانون الإماراتي، لاشتراطه درجة جسامة معينة في الجنح المتلبس بها، وفي الوقت ذاته تسهيله عمل رجل الضبط، وتجنيبه الوقوع في الخطأ، إذ يكفيه أن يقرر أن الجريمة المتلبس بها جنحة مقرر لها عقوبة الحبس أيا كانت مدته .

٢٢- السلطة الممنوحة في حالة التلبس :

القوانين الإجرائية المقارنة أعطت ماموري الضبط القضائي سلطات استثنائية في حالة التلبس، وقد راعت في ذلك عدة اعتبارات : أولها ، المحافظة على أدلة الجريمة من الضعف أو الضياع، وثانيها، أن توافر حالة التلبس يرجح أدلة الاثبات وينفي مظنة الخطأ، أو التعسف من جانب رجال الضبط القضائي، وثالثها، خطورة الجاني الذي يرتكب جريمته على مرأى ومسمع من الناس، ورابعها ، الجرم المشهود خرق فاضح لأمن المجتمع ونظمه وتقاليده وأعرافه .

والسلطات الممنوحة لرجال الضبطية القضائية في حالة التلبس تشمل سلطات استدلال وأخرى سلطات تحقيق. وننوه من البداية إلى أن التشريعين الإجرائيين الأردني والسوري يعطيان لمامور الضبط سلطة التحقيق، حتى ولو لم تتوافر حالة من حالات التلبس، أي في الأحوال العادية.

أولاً : سلطة الاستدلال :

١- الانتقال لمحل الواقعة لإجراء المعاينة وسماع أقوال الشهود :

فقد أوجبت التشريعات الإجرائية على مامور الضبط القضائي الانتقال

لمحل الواقعة؛ لمعاينة الآثار المادية، وسماع أقوال الشهود، وإبلاغ النيابة فوراً بانتقاله.

فنجد المادة ٤٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني والمطابقة للمادة ٤٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري والمادة ٤٤ من قانون الأصول الجزائية اللبناني تنص على أن : موظفي الضابطة العدلية ملزمون في حالة وقوع جرم مشهود، أو حالما يطلبهم صاحب البيت، أن ينظموا ورقة الضبط، ويستمعوا لإفادات الشهود، وأن يجروا التحريات ، وتفتيش المنازل، وسائر المعاملات التي هي - في مثل هذه الأحوال - من وظائف المدعي، وذلك كله طبقاً للصيغ والقواعد المبينة في وظائف المدعي العام . ونجد المادة ٤٢ من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، توجب على مأمور الضبط القضائي الذي بلغ بجناية في حالة تلبس ، أن يخطر بها وكيل الدولة على الفور، ثم ينتقل بدون تمهل إلى مكان الجناية، ويتخذ جميع التحريات اللازمة . وعليه أن يسهر على المحافظة على الآثار التي يخشى أن تختفي . وأن يضبط كل ما يمكن أن يؤدي إلى اظهار الحقيقة . وأن يعرض الأشياء المضبوطة على الأشخاص المشتبه في مساهمتهم في الجناية للتعرف عليها .

وأخيراً نجد المادة ٤٣ من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي، والمطابقة للمادة ٣١ من قانون الإجراءات الجنائية المصري، توجب على مأمور الضبط القضائي في حالة التلبس بجريمة أن ينتقل فوراً لمحل الواقعة ويعاين الآثار المادية للجريمة، ويحافظ عليها، ويثبت حالة الأماكن والأشخاص، وكل مايفيد في كشف الحقيقة، ويسمع أقوال من كان حاضراً، أو من يمكن الحصول منه على إيضاحات في شأن الواقعة ومرتكبيها، وعليه إخطار

النيابة العامة فوراً بانتقاله .

وعلى النيابة العامة الانتقال فوراً إلى محل الواقعة، بمجرد إخطارها بجناية متلبس بها .

ويتبين من هذه النصوص، أن انتقال مامور الضبط القضائي لمحل الواقعة إلزامي، وذلك للمحافظة على أدلة الجريمة، وسماع أقوال الشهود، فإذا لم ينتقل فإن ذلك لايبطل الإجراءات وإنما يستوجب مساءلته تاديبياً(1).

وجدير بالذكر، أن سماع أقوال الشهود بمعرفة مامور الضبط القضائي، في القانون الأردني والسوري، يكون وفقاً للقواعد التي تتبعها سلطة التحقيق، وبعد تحليفهم اليمين القانونية، لأن الإجراءات التي يباشرها موظف الضابطة العدلية في أحوال الجرم المشهود أو التلبس، هي ذات الإجراءات التي تباشرها سلطة التحقيق .

ولقد سار على نفس المنوال قانون الإجراءات الجزائري ؛ فقضت المادة ١٢ منه بأن يناط بالضبط القضائي مهمة البحث والتحري عن الجرائم المقررة في قانون العقوبات، وجمع الأدلة عنها، والبحث عن مرتكبيها، مادام لم يبد أ فيها بتحقيق قضائي، وقضت المادة ١٧ منه بأن ماموري الضبط القضائي يقومون بجمع الاستدلالات وإجراء التحقيقات الإبتدائية، كما نصت الماة ٤٩ منه على أنه إذا اقتضى الأمر إجراء معاينات لايمكن تاخيرها، فلمامور الضبط القضائي أن يستعين بأشخاص مؤهلين لذلك . وعلى هؤ لاء الأشخاص الذي يستدعيهم لهذا الإجراء، أن يحلفوا اليمين كتابة، على إبداء رأيهم بما يمليه عليهم الشرف والضمير .

(١) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية،ط٢، ١٩٨٨، دار النهضة العربية،ص٥٥٤.

وعلى عكس ذلك، نجد المادة ٢٩ من قانون الإجراءات الجنائية المصري تقضي بانه لايجوز لمامور الضبط القضائي تحليف الشهود أو الخبراء اليمين، إلا إذا خيف ألا يستطاع فيما بعد سماع الشهادة بيمين . ولقد جاءت المادة ٤٠ من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي مطابقة لنص المادة ٢٩ من القانون المصري في هذا الخصوص، ورغم ذلك نجد المادة ٥٢ من القانون الإماراتي تسمح لماموري الضبط بتحليف اليمين في حالة ندبه أنثى لتفتيش أنثى، فقد ورد النص على النحو التالي:« إذا كان المتهم أنثى، يجب أن يكون التفتيش بمعرفة أنثى يندبها لذلك مأمور الضبط القضائي، بعد تحليفها يميناً بان تؤدي أعمالها بالأمانة والصدق، ويتعين كذلك أن يكون شهود التفتيش من النساء». أما في القانون المصر ي فلا يجوز لمامور الضبط القضائي تحليف الأنثى التي يندبها للتفتيش، ومع ذلك يجوز له تحليفها اليمين إذا خيف ألا يستطاع فيما بعد سماعها أمام النيابة أو المحكمة، وذلك تطبيقاً للقاعدة العامة في تحليف اليمين واستثناءاتها بالنسبة لمامور الضبط القضائي في أحوال معينة[1].

٢- منع الحاضرين من مغادرة المكان :

خولت القوانين الإجرائية لماموري الضبط القضائي منع الحاضرين من مبارحة المكان، أو الابتعاد عنه، حتى يتم تحرير محضر . فقد نصت على هذا الإجراء المادتان ٣١، ٤٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني والمادتان ٣١ و ٤٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري والمادة ٢٩ من قانون الأصول الجزائية اللبناني . ورتبت هذه النصوص على مخالفة أوامر مامور الضبط الوضع في محل التوقيف، والحضور أمام قاضي الصلح

(١) د. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ج١، المرجع السابق، ص٥٠٢.

لمحاكمته، والحكم عليه بعد سماع دفاعه، ومطالبة المدعي العام، فإذا لم يمكن القبض عليه، ولم يحضر بعد تبليغه مذكرة الحضور، يحكم عليه غيابياً، ويكون الحكم بالحبس التكديري أو الغرامة .

وفي قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي نصت المادة ٤٤ منه، والمماثلة للمادتين ٣٢، ٣٣ من القانون المصري، على أن : لمامور الضبط القضائي عند انتقاله في جريمة متلبس بها، أن يمنع الحاضرين من مبارحة مكان الواقعة، أو الابتعاد عنه، حتى يتم تحرير المحضر، وله أن يستدعي في الحال من يمكن الحصول منه على إيضاحات في شأن الواقعة .

فإذا خالف أحد الحاضرين الأمر الصادر إليه من مامور الضبط القضائي، أو امتنع أحد ممن دعوا عن الحضور، يثبت ذلك في المحضر . وتحكم المحكمة المختصة على المخالف أو الممتنع بعد سماع دفاعه بغرامة لايجاوز مقدراها خمسمائة درهم .

وفي القانون الجزائري نصت المادة ٥٠ منه على أنه يجوز لمامور الضبط القضائي منع أي شخص من مبارحة مكان الجريمة ريثما ينتهي من إجراء تحرياته، ومن خالف ذلك عوقب بالحبس مدة لاتجاوز عشرة أيام وبغرامة ٥٠٠ دينار .

ويستفاد من النصوص المذكورة أن طبيعة المنع من مغادرة المكان يعتبر من إجراءات الاستدلال، لأن لمن صدر إليه الأمر الحق في عدم تلبيته، وفي هذه الحالة توقع عليه ا لعقوبة المقررة لمخالفة هذا الأمر، وهي في بعض القوانين الغرامة وفي البعض الحبس التكديري أو الغرامة وفي البعض الآخر الحبس والغرامة، ولأن إجراءات التحقيق ذات طابع قسري، فلا يتوقف تنفيذها على إرادة المتخذ الإجراء ضده، كالقبض والتفتيش فهي

واجبة التنفيذ بالقوة، ولهذا لم تنص القوانين على تجريم مخالفتها .

والهدف من التحفظ على الحاضرين في مكان الواقعة، هو التمهيد لسماع أقوالهم، وحفظ النظام في مكان الجريمة، حتى يتمكن مامور الضبط القضائي من أداء عمله .

٣- سماع أقوال المتهم :

اتفقت القوانين الإجرائية المقارنة على أن مامور الضبط القضائي يسمع أقوال المتهم ولا يستجوبه . وسماع الأقوال يختلف عن الاستجواب ؛ فسماع الأقوال؛ لايعدو أن يكون بياناً للاتهام الموجه إليه، ليقدم مايريد الاستناد إليه من أوجه الدفاع دون مناقشة تفصيلية، وأما الاستجواب ؛ فهو عبارة عن مناقشة المتهم تفصيلاً في الأدلة القائمة في الدعوى، مناقشة قد تؤدي إلى أن يقول ما ليس في صالحه، ولذلك أحاطه الشارع الإجرائي بضمانات، ورتب عليه آثاراً قانونية، بخلاف سماع الأقوال؛ فالحبس الاحتياطي لا يجوز الأمر به إلا بعد استجواب المتهم بمعرفة سلطة التحقيق، كما أن وصف التهمة، وتحديد عناصرها، يتوقف على ما توجهه سلطة التحقيق للمتهم من اتهامات، وتحقيق دفاعه بالنسبة لها، على عكس سماع الأقوال، فإن وصف التهمة تتولاه النيابة، بناء على تكييفها للوقائع الواردة بالمحضر، وليس بناء على ما ووجه به المتهم من قبل مأمور الضبط القضائي .

ثانياً: سلطات التحقيق :

اتفقت القوانين المقارنة على السماح لرجال الضبط القضائي باتخاذ إجراءات التحقيق في حالة التلبس، ولكنها اختلفت في نطاق هذه الإجراءات فالبعض أجاز القبض على المتهم وتفتيشه والبعض الآخر أضاف إلى ذلك

تفتيش منزله ومن يوجد به إذا وجدت أمارات قوية تدل على أنه يخفي أشياء تفيد في الكشف عن الجريمة . وسنبين ذلك على التفصيل التالي :

١- القبض على المتهم :

اجازت القوانين المقارنة لرجال الضبط القضائي القبض على المتهم في حالة التلبس، بشروط سبق بيانها مع وجود اختلاف على تلك الشروط .

ففي القانون المصري يشترط أن تكون الجريمة المتلبس بها من نوع الجناية أو الجنحة المعاقب عليها بالحبس بازيد من ثلاثة شهور. وعلى ذلك فلا يجوز القبض في أحوال التلبس بجريمة هي جنحة معاقب عليها بالغرامة فقط أو بالحبس مدة ثلاثة أشهر فاقل، يستوي أن يكون الحبس عقوبة وجوبية أو تخييرية مع الغرامة. وفي القانون الأردني يجب أن تكون الجريمة جناية أو جنحة معاقباً عليها بالحبس أزيد من ستة أشهر .

وأما القانون الإماراتي فيسمح بالقبض على الأشخاص في الجنايات والجنح المعاقب عليها بغير الغرامة . وأخيراً القانون السوري يجيز القبض في الجنايات والجنح المشهودة إطلاقاً[١].

ويلاحظ أنه إذا لم يكن المتهم حاضراً جاز لرجل الضبط أن يصدر أمراً بضبطه وإحضاره ويذكر ذلك في المحضر[٢] .

٢- تفتيش المتهم :

في الأحوال التي يجوز فيها القبض على المتهم يجوز لمامور الضبط

---

(١) راجع المادة ١١٢ من قانون أصول المحاكمات الجنائية السوري، وراجع أكثر تفصيلاً البند ١٥ من هذا البحث.

(٢) راجع المادة ٣٥ من القانون المصري، والمادة ٤٦ من القانون الإماراتي.

تفتيشه[1] . ويراعى أنه بالنسبة لأمر الضبط والاحضار هو في حقيقته أمر قبض، فإذا كان القائم به رجل ضبط قضائي فله أن يفتش المقبوض عليه، أما لو كان رجل سلطة عامة، فليس له حق التفتيش إلا كإجراء وقائي، وليس كإجراء من إجراءات التحقيق .

٣- تفتيش منزل المتهم :

أجازت بعض التشريعات لرجال الضبط القضائي تفتيش المسكن في حالة التلبس، مع وضع بعض القيود بالنسبة لدرجة جسامة الجرم المشهود، بينما اشترطت تشريعات أخرى الحصول على أمر قضائي مسبب على الرغم من حالة التلبس .

ففي قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، أعطت المادة ٤٦ منه لموظفي الضابطة العدلية الحق في تفتيش منزل المتهم في أحوال الجرم المشهود، وجاءت المادة ٤٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري مماثلة لنص المادة ٤٦ من القانون الأردني . ويلاحظ أن هذه التشريعات، لم تقيد رجل الضبط القضائي بدرجة جسامة معينة بالنسبة للجرم المشهود، فيستوي أن تكون الجريمة جناية أو جنحة .

وفي القانون الجزائري، نصت المادة ٤٤ منه على أنه يجوز لمأمور الضبط القضائي الانتقال إلى مساكن الأشخاص الذين قد يكونوا ساهموا في الجناية أو يحوزون أوراقاً، أو أشياء متعلقة بالأفعال الجنائية، ويجري تفتيشاً ويحرر عنه محضراً .

---

(١) راجع المادة ٤٦ من القانون المصري، والمادة ٥١ من القانون الإماراتي.

وفي القانون المغربي نصت المادة ٦١ منه على أنه «: إذا كانت الجناية من النوع الذي يمكن إثباته بواسطة حجز أوراق ومستندات وغيرها، من الأشياء الموجودة في حوزة أشخاص تظن مشاركتهم في الجناية، أو تكون بيدهم مستندات وأشياء تتعلق بالأفعال الإجرامية المترتبة، فإن ضابط الشرطة القضائية ينتقل عاجلاً إلى منزل أولئك الأشخاص، ليجري فيه - طبقاً للشروط المحددة في الفصل الآتي بعده - تفتيشاً يحرر محضراً بشانه . وفيما عدا حالات المس بسلامة الدولة الداخلية أو الخارجية، فإن لضابط الشرطة القضائية وحده، وكذا الأشخاص المعينين في المادة ٦٢، الحق في الاطلاع على الأوراق أو المستندات قبل الشروع في حجزها» .

ويلاحظ أن هذه التشريعات قيدت - بصراحة - حق ماموري الضبط القضائي في تفتيش المساكن بحالات التلبس، وحصرتها في الجنايات، ولم تسمح لهم بذلك في حالة الجنح المتلبس بها . ولقد أخذت هذه القوانين بما جاء في المادة ٥٦ من القانون الفرنسي .

وفي القانون اللبناني، نجد المادة ٤٤ منه منحت ماموري الضبط القضائي صلاحية تفتيش المساكن في حالة الجنايات المتلبس بها، أما بالنسبة للجنح فلا يجوز للضابط العدلي تفتيش المنازل، ما لم يوافق أصحابها على التفتيش، ويستثنى من ذلك حالة ما إذا كان المنزل قد فقد حرمته ؛ باتخاذه مكاناً للدعارة، أو المقامرة، أو المتاجرة بمواد ممنوعة، متى كان الجرم المشهود منصباً على هذه الجرائم، وتبرير ذلك أن استخدام المنازل على هذا النحو يجعلها مفتوحة للكا فة، فتاخذ حكم الأماكن العامة تبعاً

لذلك، وفي حدود هذا الاستخدام لها[1].

وفي القانون الإماراتي، نصت المادة ٥٣ منه على أنه :« لا يجوز لمأمور الضبط القضائي تفتيش منزل المتهم بغير إذن كتابي من النيابة العامة، مالم تكن الجريمة متلبساً بها، وتتوفر أمارات قوية على أن المتهم يخفي في منزله أشياء أو أوراق تفيد كشف الحقيقة، ويتم تفتيش منزل المتهم وضبط الأشياء والأوراق على النحو المبين بهذا القانون. كما يتم البحث عن الأشياء والأوراق المطلوب ضبطها في جميع أجزاء المنزل وملحقاته ومحتوياته» .

ويتضح من نص المادة المذكورة، أن قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي يبيح تفتيش منزل المتهم بمعرفة مامور الضبط القضائي، بدون إذن من النيابة، في جميع حالات التلبس بالجريمة، وأيا كانت درجة جسامتها جناية أو جنحة، وسواء أكان المتهم فاعلاً أم شريكاً، وسواء أكان حاضراً أم غائباً ، ولا يتطلب لإجراء التفتيش إلا أن تكون هناك دلائل قوية على وجود أشياء في المنزل تفيد في الكشف عن الحقيقة، وتقدير هذه الدلائل يرجع للسلطة التقديرية لمامور الضبط القضائي، تحت إشراف سلطة التحقيق ثم محكمة الموضوع، ويكفي وجود علامات أو قرائن قوية تنبىء بوجو د أشياء في المنزل تفيد في كشف الجريمة المتلبس بها، حتى يكون إجراء التفتيش صحيحاً، ولو لم يسفر التفتيش عن شيء، ولا يغني التلبس عن وجوب توافر الأمارات القوية، لأن التلبس محله الجريمة لا المجرم، وهو لايعني سوى التيقن من وقوع الجريمة، ولكنه لا ينبىء عمن ا رتكبها، لهذا وجب توافر الدلائل الكافية قبل من يطلب القبض عليه بارتكابها إياها .

---

(١) د. جلال ثرت، أصول المحاكمات الجزائية "سير الدعوى العمومية"، المرجع السابق، من ص٣٩-٤١.

وعلى عكس ما جاء بالقوانين السابقة، نجد قانون الإجراءات الجنائية المصري لايبيح تفتيش منزل المتهم إلا بأمر قضائي مسبب، وذلك بعد الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا في عا م ١٩٨٤، بعدم دستورية المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية، والتي كانت تتعارض مع المادة ٤٤ من الدستور . وقد كانت المادة ٤٧ آنفة الذكر تبيح لمامور الضبط القضائي تفتيش منزل المتهم وضبط الأشياء التي تفيد في كشف الحقيقة، إذا كانت الجريمة متلبساً بهـا دون إذن النيابة[1] .

وعلى هذا الأساس فإن رجل الضبط القضائي في مصر، ليس له تفتيش منزل المتهم إلا بشروط ثلاثة : أولها ، أن تكون الجريمة المتلبس بها جناية أو جنحة، وثانيها ، أن تتوافر أمارات قوية على وجود أشياء أو أوراق بمنزل المتهم تفيد في الكشف عن الحقيقة ، وتقدير ذلك متروك للنيابة تحت رقابة محكمة الموضوع، وثالثها ، أن يكون قرار النيابة بالإذن بالتفتيش مسبباً . ويكفي أن يصدر الإذن على محضر التحريات بما يفيد تبني ماجاء به من أسباب، أما لو كان الإذن منفصلاً فيلزم التسبيب .

والحقيقة أن الحكم بعدم دستورية الما دة ٤٧ من القانون المصري، جعل حق مامور الضبط القضائي في تفتيش منزل المتهم في حالة التلبس متوقفاً على صدور إذن من النيابة بذلك، ومن غير المعقول أن يتجه مامور الضبط إلى النيابة، لكي يحصل على الإذن بالتفتيش، بدلاً من أن يداهم منزل المتهم، في ظروف قد تستلزم ذلك، للحفاظ على أدلة الجريمة المرتكبة، وفي غالب

---

(١) راجع نص المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية المصري والقاضية بأنه: "لمامور الضبط القضائي في حالة التلبس بجناية أو جنحة أن يفتش منزل المتهم، ويضبط فيه الأشياء والأوراق التي تفيد في كشف الحقيقة إذا اتضح له من أمارات قوية أنها موجودة فيه".

الأحوال يكون التفتيش غير مجد بعد استخراج الإذن من النيابة، لأنه فقد عنصر المفاجأة، وأتاح للمتهم وأعوانه محو الدليل، أو العبث به . مما يؤدي في النهاية إلى طمس الحقيقة وعدم تحقيق العدالة .

لذلك نجد القوانين المقارنة تعطي مامور الضبط القضائي سلطة تفتيش منزل المتهم في حالات التلبس دون إذن من النيابة، حيث تقتضي ظروف الواقعة وملابساتها اتخاذ الإجراءات اللازمة بسرعة، وحيث لايكون عملياً أن يطلب من رجل الضبط القضائي الحصول على إذن بالتفتيش . وأفضل تلك القوانين التي تحصر نطاق السلطة في الجنايات المتلبس بها فقط، اللهم إلا إذا كانت الجنحة المتلبس بها من الجرائم التي تفقد المنزل حرمته، كما هو الحال في التشريع اللبناني، حتى لا تتسع سلطة الضبطية في ممارسة أعمال التحقيق، وخشية أن يساء استعمال هذا الحق.

النتائج والتوصيات

وبعد هذه الإطلالة على اختصاصات ماموري الضبط القضائي في مراحل الأدلة المختلفة، سنذكر أهم النتائج التي انتهت إليها والتوصيات التي تمحضت عنها .

أولاً :أهم النتائج :

١- وحد قانون الاجراءات الجزائية الاتحادي رقم (٣٥) لسنة ١٩٩٢م، القواعد الإجرائية في كافة الإمارات،مما يسر سبل التقاضي بين المتقاضين. وجعل اختصاصات ماموري الضبط القضائي في الأحوال العادية مقصورة على التقصي وجمع الأدلة، وفي الأحوال الإستثنائية تتسع لتشمل جزء من مرحلة التحقيق دون إقامة الدعوى والمرافعة فيها . على عكس ما كان سارياً قبل صدوره وفقاً لقانون إجراءات المحاكم الجنائية لسنة ١٩٧٠م، في إمارة أبوظبي، وقانون الإجراءات الجزائية لإمارة دبي وكذا أم القيوين ورأس الخيمة لسنة ١٩٧١م .

٢- أسند المشرع الإماراتي للنيابة العامة سلطة تحريك الدعوى الجزائية، ورفعها ومباشرتها أ مام القضاء، وأسبغ عليها الصفة القضائية، سواء من حيث السلطات الممنوحة لها، أو من حيث استقلالها في مباشرة سلطاتها، دون خضوع لتوجيهات السلطة التنفيذية .

٣- وازن المشرع الإماراتي بين حق المجتمع في الكشف عن الجريمة، ومعرفة مرتكبيها، وحق الفرد في الخصوصية، فجعل سلطة ماموري الضبط القضائي في المساس بحرية الفرد وحرمة مسكنه، تتناسب طردياً مع درجة جسامة الجرم، والقوة الثبوتية للدليل، مسايراً في ذلك أغلب

التشريعات الإجرائية المقارنة .
فبالنسبة لجسامة الجرم ؛ منع مأمور الضبط القضائي من اتخاذ أي إجراءات استثنائية؛ كالقبض، والتفتيش، إذا كان الفعل المرتكب يشكل مخالفة، واشترط في الجنح أن يكون الفعل معاقباً عليه بالحبس أياً كان مقداره، على عكس الجنايات حيث لم يقيده بشيء، نظراً لطبيعة الجريمة وخطورة الجاني .

وبالنسبة للقوة الثبوتية للدليل ؛ فرق المشرع بين حالات ثلاث : هي ؛ الاشتباه، والأدلة الكافية، والتلبس . وفي حالة الاشتباه، جعل سلطات مأموري الضبط القضائي لا تنطوي إلا على أقل درجات التطفل الممكنة واللازمة للتأكد، أو نفي الشك الذي يحيط بالمشتبه فيه، فلا تتجاوز الاستفسار منه عن إحدى الجرائم، أو سؤاله عن هويته ووجهته ومحل إقامته، فإذا شعر بأنه يتعرض لقيد ما من خلال إظهار السلاح أو الإمساك به أو الحديث معه بلهجة ونبرة توحي بأن يمتثل لما يطلبه مأمور الضبط القضائي، فإنه يعد – في هذه الحالة – مقبوضاً عليه . إلا أن حالة الاشتباه تبرر اقتياده إلى أقرب مركز شرطة، إذا تطلب الأمر التحري عن المشتبه فيه، أكثر تفصيلاً، كما تبرر تفتيشه وقائياً لتجريده من الأسلحة والأدوات التي قد يستعملها في الاعتداء على رجل الشرطة .

وفي حالة توافر الأدلة الكافية، أجاز المشرع الإماراتي لمأمور الضبط القضائي القبض على المتهم وتفتيشه، للبحث عن أشياء تفيد في الكشف عن الجريمة المقبوض عليه من أجلها، ولا تتجاوز هذا الغرض، فإذا أسفر التفتيش عن حالة تلبس، وتوافرت قرائن قوية على أنه يخفي في منزله أشياء متعلقة بالجريمة، انتقل الى منزله وقام بتفتيشه

للبحث عن الأشياء الخاصة بالجريمة أو أشياء تعد حيازتها جريمة، أو تفيد في كشف الحقيقة في جريمة أخرى، قام مأمور الضبط القضائي بضبطها.

وفي حالة التلبس حرص المشرع الإماراتي على أن يحفظ للقانون فاعليته وتأثيره، مع مراعاة حرية الأفراد وحرماتهم، فلم يجعل سلطة مأمور الضبط القضائي هي نفس السلطة الممنوحة للنيابة العامة - كما في بعض التشريعات العربية -، وإنما أعطاه بعض سلطات التحقيق، كالندب، وتحليف اليمين، وتفتيش المنازل، دون إذن من النيابة العامة.

٤-اتسم التشريع الإماراتي بالطابع العملي دون اجتراء على مبدأ الشرعية، فاكتفى في الجنح أن يكون معاقباً عليها بالحبس دون أن يحدد فترة محددة - كما في بعض التشريعات الإجرائية -، لتسهيل عمل رجل الضبط وتجنيبه الوقوع في خطأ، إذ يصعب من الناحية العملية أن يقدر في مكان الواقعة نوعية الجريمة المرتكبة والعقوبة المقررة لها.

علاوة على أنه لم يشترط في حالة التلبس استصدار إذن من النيابة العامة لتفتيش منزل المتهم، لكونها حالة ضرورة تقتضي سرعة اتخاذ الإجراء، حتى لا يفقد عنصر المفاجأة فاعليته، ولكي لا يتاح لأعوان المتهم محو أدلة الإثبات أو العبث بها.

ثانيا: أهم التوصيات:

١- تعديل الفقرة الثانية من المادة (٣٣) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي لكي تنحصر صفة مأموري الضبط القضائي في الضباط وصف الضباط دون الأفراد. على أساس أن كفاءة رجل الضبط خير

ضمان للحفاظ على الشرعية الإجرائية، حتى لا يدان برىء ولا يبرأ مسيء، ولن يتأتى ذلك إلا عن طريق توفير الخبرة ودرجة معينة من الناحية العلمية .

٢- تعديل نص المادة (٤٧) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي، لتكون مدة القبض الممنوحة لماموري الضبط القضائي أربعاً وعشرين ساعة، بدلا من ثمان وأربعين ساعة، لعدم وجود مانع، يحول دون عرضه على النيابة العامة للإفراج عنه، أو استمرار حبسه، لتقدم وسائل النقل والاتصال .

٣- يشترط في التفتيش الوقائي المعاصر للقبض المادي توافر أسباب معقولة، تدعو للاعتقاد بأن الشخص يحمل سلاحاً أو أدوات تمثل خطورة فعلية على رجل الضبط القضائي .

٤- يجوز في حالة القبض على المتهم في منزله تفتيش المنطقة المجاورة لمكان القبض، للتاكد من خلو المكان من أي شخص يشكل خطراً على رجال الضبط القضائي .

٥- لا يجوز - في حالة القبض على المتهم داخل السيارة أو أثناء نزوله منها- إلا تفتيش المنطقة التي تكون في نطاق السيطرة المباشرة للمقبوض عليه بما فيها لوحة القيادة، أما الحقيبة الخلفية فلا يجوز تفتيشها لأنها تخرج عن نطاق السيطرة .

والله الموفق والهادي الى سبيل الرشاد...

Jurisdictions of Judicial Seizure Officers At the Various Stages of Evidences Within The Federal Penal Procedures Law No.35 of the Year 1992

By
Dr. Joudeh Hussain Jehad
Associate Professor, Penal Law – cum – Chairman Penal Law Dept. Dubai Police College

The writer discussed in Chapter I the definition of evidences explaining their meaning, types, importance and restrictions on searching for them.

In chapter II he wrote about the stages of evidence collection and procedures to be followed via Judicial Seizure Officers, stating that the proofing power of an evidence goes into three stages, i.e. suspicion, availability of sufficient evidences and physical involvement. Each stage has its own procedures to which the writer assigned a separate research.

The most important conclusion reached by this research is a recommendation to amend para (2) of Article 33 of the Federal Penal Procedures Law to restrict the jurisdictions of judicial seizure only to officers and noncommissioned officers, thus excluding the ordinary policemen. This is based on the fact that the competence of the seizure officer is the best security to safeguard procedural legitimacy that finally means no charge to innocent and no innocence to guilty. He also recommends the amendment of Article (47) of the same law to allow judicial seizures officers a period of twenty-four hours for arrest instead of forty-eight hours as, the accused can be presented to Public Prosecutor without any obstacles for release or continuation of imprisonment, due to the advanced communication and transportation methods.

ΩΩΩ



بسم الله الرحمن الرحيم

دور القضاء الإداري في تحديد المصدر الحقيقي للقرار المطعون فيه

إعداد

الدكتور علي خطار شطناوي *

* أستاذ القانون العام المشارك بكلية الحقوق بالجامعة الأردنية.

تقديم:

يُعد الاختصاص الوظيفي عنصراً مهماً وأساسياً في إصدار القرارات الإدارية، فلا يجوز لأي موظف أو جهة إدارية اتخاذ قرار ما إلا إذا كانا مختصين قانوناً بإصداره. لهذا يجب على الموظف أن يتأكد أولاً من مدى الصلاحيات والاختصاصات المنوطة به قانوناً قبل الإقدام على إصدار القرار الإداري. فالمشرع يوزع الصلاحيات القانونية بين مختلف الجهات الإدارية بدقة متناهية، فإذا خوّل أي جهة منها صلاحية قانونية، فذلك لغاية معينة وحكمة مستترة. وعليه ينطوي تجاوز حدود الصلاحيات القانونية على اعتداء مباشر على توزيعها القانوني وتنكر واضح للحكمة القانونية التي تكمن وراء هذا التوزيع الدقيق.

فإذا كان القرار الإداري هو إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين والأنظمة بقصد إحداث أثر قانوني معين متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً[1]، فيجب أن يكون القرار الصادر تعبيراً عن إرادة صاحب الاختصاص لوحده فقط، ففي إرادته تتجسد إرادة الإدارة العامة التي ينتمي إليها، لهذا يتعين على القضاء الإدراري باعتباره حامي مبدأ المشروعية أن يبذل جهداً لتحديد المصدر الحقيقي للقرار، فلم يعد مقبولاً منه الاكتفاء بمظاهر عدم الاختصاص التقليدية (عدم الاختصاص الموضوعي والزماني والمكاني). فيكون القرار مشوباً بعيب عدم الاختصاص إذا جاء تعبيراً عن إرادة جهة أخرى غير صاحب الاختصاص، وبذا لايكفي لممارسة الاختصاص القانوني أن يعتمد صاحب الاختصاص إرادة جهة أخرى ويجسدها في قراره. وتتجلى أهمية هذا البحث القضائي عن المصدر الحقيقي للقرار الإداري في دول العالم الثالث التي يهيمن الرئيس الإداري الأعلى فيها

(١) محكمة العدل العليا: ١٣/٦/١٩٩٦، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٧، ص١٠١٥.

على مرؤوسيه هيمنة تامة، فيوجههم إلى ممارسة الصلاحيات المنوطة بهم قانوناً بعد أن يحدد مضمونها لهم. وعليه تنتفي العلة القانونية من منح هؤلاء المرؤوسين صلاحيات قانونية مادام أنهم أدوات مادية لتنفيذ إرادة الرئيس الإداري الأعلى. كما تنتفي الحكمة أيضاً من منح صلاحيات قانونية إلى لجان ومجالس جماعية يهيمن رئيسها على الأعضاء، بحيث يتمثل دور هؤلاء في الموافقة على رأي ذلك الرئيس. فلن تتحقق الحكمة القانونية من منح المجلس أو اللجنة الجماعية صلاحية قانونية إذا لم يتداول الأعضاء في الموضوع أولاً، ويتناقشوا في مضمون القرار ثانياً بحيث يأتي القرار الصادر تعبيراً عن إرداتهم جميعاً وليس عن إرادة الرئيس فقط.

ولإلقاء الضوء على هذا الموضوع المهم بشكل كامل ووافي نقترح دراسته وفق أحكام الخطة التالية:

المبحث الأول: ماهية الاختصاص الوظيفي.

المبحث الثاني: مصادر الاختصاص الوظيفي.

المبحث الثالث: ضرورة انفراد صاحب الاختصاص بمباشرة الاختصاصات والصلاحيات المنوطة به بمفرده.

المبحث الأول
ماهية الاختصاص الوظيفي

يتعين على كل موظف من موظفي الإدارة العامة مزاولة الاختصاصات والمهمات المنوطة به فقط. فيجب على كل عضو من أعضاء السلطة الإدارية أياً كان فرداً أو جهة جماعية (مجلس أو لجنة إدارية) أن لايمارس عملاً إدارياً إلا إذا كان مؤهلاً قانوناً للقيام به، وعليه مزاولته طبقاً لما تقضي به القواعد

القانونية التي تعمل على تنظيم اختصاصات أعضاء السلطة الإدارية[1]، لهذا تتمتع الجهات الإدارية بتأهيل قانوني لمباشرة الاختصاصات والصلاحيات التي أنيطت بها فقط، وتحدد القواعد القانونية القائمة مدى هذه الصلاحيات القانونية ومداها، ويُعد مشوباً بعيب عدم الاختصاص أي قرار اتخذ أو أمر باتخاذه خارج نطاق تلك الحدود والضوابط[2]، هكذا لايجوز لأي جهة إدارية إصدار قرارات إدارية، فلن يكتسب القرار صفة المشروعية إلا إذا كان صادراً من الجهة الإدارية التي خولها القانون صلاحية إصداره. ويطلق على هذا التأهيل القانوني تسمية الاختصاص للدلالة على أن القانون أهل الموظف العام أو الجهة الإدارية لإصدار قرار إداري معين أو مباشرة صلاحية قانونية معينة.

ويوزع المشرع صلاحية مباشرة الاختصاصات الإدارية على أعضاء السلطة الإدارية، فيُعهد إلى بعض الموظفين أو بعض اللجان والمجالس الإدارية بصلاحية اتخاذ هذا القرار أو ذاك، ويعهد إلى البعض الآخر بصلاحيات أخرى. ولكن هذا التوزيع للصلاحيات القانوني ليس عشوائياً، أو وليد الصدفة، بل إنه تجسيد للعديد من الاعتبارات والاهتمامات التشريعية وترجمة لها. فينيط المشرع صلاحية اتخاذ بعض القرارات الإدارية إلى موظف فرد إذا كان يستهدف السرعة في اتخاذها والحزم في تصريف الشؤون الإدارية، ويعهد ببعض الصلاحيات الإدارية إلى لجان ومجالس إدارية إذا كان المشرع يستهدف التاني في إصدارها أو إذا ارتأى أن يأتي إصدار هذه القرارات بعد بحث ومناقشة وتمحيص جماعي، كما يعهد بهذه الصلاحيات إلى هذه اللجان أو المجالس إذا كان المشرع يرمي إلى توفير ضمانات قانونية تقي الأفراد المعنيين من احتمال تعسف الموظف الفرد

(١) الدكتور محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني، بيروت، دار النهضة العربية، ١٩٨٢، ص٤٨١.

(٢) Ch. Debbasch et J. Recci: contentieux administratif, paris, D, no. 807.

وإساءة استعمال صلاحيته. ومن أمثلتها صلاحية إيقاع العقوبات الجسيمة التي عُهد بها إلى المجالس التأديبية.

تعريف الاختصاص الوظيفي:

يعرّف الاختصاص الوظيفي بانه التاهيل القانوني الذي يتمتع به الأفراد أو التنظيمات الإدارية الجماعية والتي تكون مانسميه (بالسلطات الإدارية) لإجراء التصرفات القانونية باسم الشخص المعنوي العام. لهذا يُعدّ الاختصاص الوظيفي صفة قانونية تسمح وفق بعض الشروط وضمن بعض الحدود باتخاذ بعض الأعمال التي تنسب إلى شخص معنوي عام[1]. ويعرفه البعض الآخر «بانه صلاحية سلطة ما لاتخاذ إجراء معين»[2].

ونرى أن الاختصاص الوظيفي هو التاهيل القانوني الذي يتمكن بمقتضاه موظف أو جهة إدارية جماعية من إجراء بعض التصرفات القانونية باسم الشخص المعنوي العام ولصالحه ونيابة عنه. وعليه تنسب هذه التصرفات القانونية إلى الشخص المعنوي العام، وبذا يتحقق عيب عدم الاختصاص إذا لم تندرج صلاحية القيام بالعمل الإداري ضمن صلاحيات الجهة الإدارية التي اتخذته، بل تندرج ضمن صلاحيات سلطة إدارية أخرى. وبعبارة أخرى إذا وقعت مخالفة لقواعد توزيع الاختصاص. لهذا يتعين لاحترام مبدأ المشروعية أن يقتصر نشاط أي عضو من أعضاء السلطة الإدارية على مباشرة ما أنيط به من صلاحيات، ومجاوزة قواعد توزيع الاختصاص ومخالفتها يَصم العمل الصادر بعيب عدم الاختصاص مما يجعله عرضةً لإلغاء القضاء لصدوره من جهة غير مختصة.

(١) J. Auby et R. Drago: Traité du contentieux administratif, paris, 1984, No. 1140.

(٢) P. Delvolve: l'acte administratif, paris, S, 1983, 133.

وتفريعاً عما سبق يعرّف عيب عدم الاختصاص بانه غياب التأهيل القانوني للقيام بالعمل الإداري، وبمعنى آخر عدم المقدرة القانونية على إصدار قرار إداري معين لضرورة إصداره من موظف أو هيئة أخرى.

مدلول الاختصاص الوظيفي:

يرتبط مدلول الاختصاص الوظيفي ارتباطاً وثيقاً وحتمياً بمدلول عدم الاختصاص. فيقصد بعيب عدم الاختصاص وفق المدلول الضيق عدم المشروعية التي تشوب القرار الإداري لمخالفته فيما إذا كان القرار صادراً من شخص آخر غير الشخص الذي حددته وعينته القواعد القانونية (قواعد توزيع الاختصاص). وعليه لايتعلق عيب عدم الاختصاص بمحل القرار الإداري الصادر وموضوعه؛ إذ يُعد هذا القرار مشروعاً فيما لو صدر من الموظف المختص به قانوناً[1].

وبالتاسيس على ماسبق يقتصر مدلول عدم الاختصاص على عدم المشروعية التي تمس مصدر القرار الإداري فقط، وبذا يستبعد من دائرة عدم الاختصاص عدم الاختصاص السلبي، والحالات التي تخالف السلطة الإدارية المختصة القواعد التي تحدد طرق وأساليب ممارسة الاختصاص الوظيفي.

ويرى جانب من الفقه التقليدي[2] أن عدم الاختصاص الوظيفي يشمل حالات عدم الاختصاص الإيجابي، أي الحالات التي تتخذ فيها السلطة الإدارية قراراً إدارياً لاتملك قانوناً صلاحية إصداره، وحالات عدم

---

(١) J.Auby et Drago: op. cit. No. 1141.

(٢) E. Lafferriere. Traite' de la juridiction administrative et des recous contentieux paris, 1887. Tome, 2,p.70.

الاختصاص السلبي، أي الحالات التي ترفض فيها السلطة المختصة إصدار قرار يندرج ضمن دائرة اختصاصها بحجة أنها غير مختصة. وينجم عدم الاختصاص السلبي عن تفسير خاطىء وغير صحيح لقواعد توزيع الاختصاص. فقد توهمت السلطة الإدارية المختصة خطأ أنها غير مختصة باتخاذ القرار، هكذا يشمل عيب عدم الاختصاص عدم المشروعية التي تلحق مصدر القرار الإداري وتلك التي تشوب مضمونه أيضاً.

ولاشك أن المدلول الواسع لعدم الاختصاص ينطوي على خلط واضح بين عدم المشروعية التي تلحق مصدر القرار الإداري وتلك التي تشوب مضمونه؛ وذلك لأن مصدر القرار (في حالة عدم الاختصاص السلبي) هو المختص قانوناً بإصداره، لكنه بُني على سبب غير مشروع، فيلغى القرار في هذه الحالة للسبب غير المشروع الذي استندت إليه الإدارة في تطبيقها الخاطىء لقواعد توزيع الاختصاص[1]، وهو ما تشير إليه العديد من أحكام مجلس الدولة الفرنسي الصادرة في هذا الشان[2]. كما يستبعد أيضاً من ميدان مباشرة الاختصاص الوظيفي وعدم المشروعية اللصيقة به (عدم الاختصاص) حالة مخالفة السلطة المختصة للقواعد والأحكام التي تحدد أساليب ممارسة الاختصاص وتنظيمه، كمخالفة الجهة الإدارية لانفرادها واحتكارها ممارسة الاختصاص بمفردها، كان تعتقد خطأ أنها ملزمة باتباع رأي استشاري غير ملزمة قانوناً باتباعه أو تنسيب أو توصية أو اقتراح أو حتى قرار صادر من جهة غير مختصة، أو إرجاء إصدار قرار لحين صدور قرار من جهات غير مؤهلة قانوناً للمشاركة في إصداره والمساهمة في إعداده.

---

(١) J. Auby et R.Drago: op. cit.,No. 1141.

(٢) C.E: 30/3/1938, Rec, p. 324-13/3/1942, Rec, p.50.

ويندرج ضمن دائرة مخالفة القواعد والأحكام التي تحدد أساليب ممارسة الاختصاص إنكار الجهة الإدارية المختصة للطابع الإلزامي للاختصاص وتنكرها له صراحة أو ضمناً، كأن ترفض إصدار قرار في الحالات التي تكون فيها ملزمة قانوناً بإصداره، أو أن تتنكر أو تتجاهل الطبيعة التقديرية للاختصاص المنوط بها، كأن تعتقد خطأ أنها ملزمة بإصدار القرار الإداري. كما يندرج ضمن الدائرة السابقة أيضاً مخالفة الجهة المختصة بإصدار القرار لقواعدتوزيع الاختصاص من الناحية الزمانية، كأن تصدر قراراً ينطوي على أثر رجعي، وبذا تخالف قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية، أو اتخاذ قرارات مبكرة، أي قبل مباشرة الجهة المختصة اختصاصها القانوني. ويضاف إلى ذلك أيضاً مخالفة الأحكام القانونية التي تعتبر قواعد توزيع الاختصاص أن النظام العام كالتنازل عن ممارسة الاختصاصات الوظيفية أو الوعد بممارسة اختصاص معين.

ولاشك أن صور عدم المشروعية السابقة تتعلق بمحل القرار الإداري وموضوعه، وتندرج بالتالي ضمن أوجه عدم المشروعية الأخرى، وليس ضمن عيب عدم الاختصاص الذي يقتصر علي عدم المشروعية التي تشوب مصدر القرار فقط[1].

الطبيعة القانونية للاختصاص الوظيفي:

يعتبر الاختصاص الوظيفي التزاماً يتعين على صاحب الاختصاص أن يمارسه وبنفسه، فلا يُعد الاختصاص في القانون العام حقاً شخصياً متروكاً لصاحب الاختصاص يمارسه كيفما شاء، بل إنه وظيفة ومهمة منوطة به

(١) J. Auby et R. Drago: op. cit., No. 1141.

ليمارسها لتحقيق المصلحة العامة[1]. وعليه لايملك صاحب الاختصاص التنازل عن اختصاصه إلى غيره أو تفويضه إليه إلا إذا نص القانون على ذلك صراحة. فقد قضت محكمة العدل العليا«إنه من القواعد المقررة في هذا الشأن أنه إذا أنيطت صلاحية قانونية بمرجع معين، فإنه يجب أن يمارسها هذا المرجع بنفسه، ولايحق له أن يفوض أحداً بممارستها إلا بنص قانوني صريح»[2]، كما لايملك صاحب الاختصاص أيضاً أن يتفق على تعديل قواعد توزيع الاختصاص اللهم أن يجيز القانون ذلك صراحة، فقد قضت محكمة العدل العليا «بالرجوع للمادة (١٤٢/أ) من قانون مزاولة مهنة الصيدلة رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٢ نجد أن صاحب الصلاحية في حظر تداول الدواء هو وزير الصحة ولم يرد في هذا القانون وهو القانون الواجب التطبيق مايجيز لأي مسؤول آخر أن يمارس هذه الصلاحية بالنيابة عن الوزير وعليه فإن القرارات السابقة للقرار المؤرخ في ١٩٨٣/٣/٦ تكون منعدمة لصدورها من جهة غير مختصة إذ أنه من القواعد التي استقر عليها الفقه الإداري أنه إذا أنيطت صلاحية قانونية بمرجع معين فإنه يجب أن يمارسها هذا المرجع بنفسه ولايحق له أن يفوض أحداً بممارستها إلا بنص قانوني صريح»[3]، لهذا حرصت محكمة العدل العليا في بعض أحكامها على تحديد صاحب الاختصاص القانوني، فقد وردت التعبيرات التالية في حكمها الصادر ١٩٨٧/٩/٢٦« بالنسبة للدفع الآخر بأن الدعوى لم تقم على خصم بداعي أن مدير الجوازات العامة ليس الجهة التي سحبت قرار منح جواز السفر وإنما وزير الداخلية هو الجهة التي سحبته فدفع غير وارد ذلك لأن دائرة

---

(١) J.Auby et L'interim, R.D.P, 1966, p. 864.

(٢) عدل عليا، ١٩٥٤/٤/٢٤، مجلة نقابة المحامين ١٩٥٤، ص٣٦٤.

(٣) عدل عليا، ١٩٨٥/١/١٨، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٥، ص٧٢.

الجوازات العامة هي الجهة المختصة قانوناً بمنح جوازات السفر بمقتضى قانون جوازات السفر فامتناعه عن إعادة جواز سفر المستدعي المحجوز لديها والذي حصل عليه سابقاً يجعلها خصماً أصلياً وقد قررت محكمتنا دعوة وزير الداخلية كمستدعى ضده ثان عملاً بالمادتين (٤٩، ٥٠) من قانون أصول المحاكمة الحقوقية فنقرر رد هذا الدفع أيضاً»[١].

خصائص الاختصاص الوظيفي:

يُعد الاختصاص الوظيفي من أهم أركان القرار الإداري، بل إنه أول هذه الأركان، فيتوقف على إرادة صاحب الاختصاص ممارسة الصلاحيات والاختصاصات القانونية، فلن تتمكن الإدارة من تحقيق مهماتها ومسؤولياتها إلا إذا باشر أصحاب الاختصاص الوظيفي الاختصاصات المنوطة بهم. لهذا تتميز عدم المشروعية المقابلة لركن الاختصاص (عيب عدم الاختصاص) بثلاثة خصائص مهمة ميزته وأضفت عليه طابعاً خاصاً. وتتمثل أولى هذه الخصائص في القدم، فيُعد عيب عدم الاختصاص من أقدم عيوب القرار الإداري ظهوراً في القضاء الإداري، بل لعله الباعث من إنشاء القضاء الإداري نفسه، فقد كانت أوائل أحكام الإلغاء التي أصدرها مجلس الدولة الفرنسي مبنية على عدم اختصاص مصدري القرارات المطعون بها أمامه[٢]، لذا قيل عنه وبحق أن الاختصاص الوظيفي يشكل أساس القانون العام نفسه[٣]، كما قيل عن عيب عدم الاختصاص بأنه عميد عيوب الإلغاء للدلالة على قدمه وأهميته، وتتجلى ثانيهما في أنه العيب الوحيد المتعلق

---

(١) عدل عليا، ٢٦/٩/١٩٨٧، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٨، ص ١٢٠.

(٢) C.E: 28/3/1807, Rec, p. 75.

(٣) A.de laubade're: Traite' de droit administratif, paris, L.G.D.J, 1984, Tome, 1,no 1172.

بالنظام العام؛ إذ أن هذا العيب يمس أسس وقواعد توزيع الاختصاص والصلاحيات بصورة جذرية. وعلة ذلك أن القانون يوزع الاختصاصات والصلاحيات الإدارية بين مختلف السلطات الإدارية وأعضائها بدقة متناهية، لهذا يملك القضاء الإداري إثارة هذا العيب من عيوب الإلغاء من تلقاء نفسه حتى لو لم يثره المدعى في لائحة دعواه كسبب من أسباب إلغاء القرار المطعون فيه(١)، كما يمكن إثارة هذا الوجه من أوجه الإلغاء في أي وقت وفي أية مرحلة من مراحل الدعوى وفي أي حالة تكون عليها(٢)، وتتمثل الخاصية الثالثة في عدم جواز تصحيح القرار المشوب بعيب عدم الاختصاص بإجراء لاحق من الجهة صاحبة الاختصاص بإصداره، فقد استقر الفقه(٣) والقضاء(٤) على عدم جواز مثل هذا التصحيح اللاحق، لهذا لانتفق مع محكمة العدل العليا فيما ذهبت إليه في بعض أحكامها من إجازة تصحيح القرارات المشوبة بعيب عدم الاختصاص بإجراءات لاحقة. فقد قضت «إما كون القرار الصادر من قسم المناهج بإقرار تلك الكتب قد صدر بعد تاريخ إقامة الدعوى فلا يغير من الوضع شيئاً، إذ أن المبادىء المقررة في الفقه الإداري يجيز تصحيح القرار الباطل بإجراء لاحق يزيل ما كان ينطوي عليه القرار من عيب وعندئذ تصبح الدعوى بطلب إلغائه غير ذات موضوع»(٥).

(١) C.E: 24/11/1961, Rec, p. 657-15/7/1960, Rec, p. 482.

(٢) C.E: 16/7/1955, Rec, p. 239.

(٣) A.de laubade're: op. cit.,No. 1172.

(٤) C.E: 2/5/1945, Rec, p.87-15/7/1958, Rec, p. 447.

(٥) عدل عليا، ٢٢/٦/١٩٦٣، مجلة نقابة المحامين، ص٢٧٥.

المبحث الثاني
مصادر الاختصاص الوظيفي

يقصد بمصادر الاختصاص مصادر التأهيل القانوني التي يستمد منها الموظف أو الهيئة الإدارية صلاحية إصدار القرارات الإدارية، وتتمثل هذه المصادر في النص القانوني والتفويض والحلول والإنابة والسلطة الرئاسية وقاعدة توازي الاختصاص.

أولاً: النص القانوني:

يستمد صاحب الاختصاص صلاحية إصدار العديد من القرارات الإدارية من النص القانوني نفسه. فقد يستمد صلاحية إصدار القرار من نص دستوري «الملك يعين رئيس الوزراء ويقيله ويقبل استقالته ويعين الوزراء ويقيلهم ويقبل استقالتهم بناء على تنسيب رئيس الوزراء»[1]، أو نص وارد في قانون عادي «لمجلس الوزراء إذا اقتنع بأن تنفيذ المشروع يحقق نفعاً عاماً وبأن لدى المستملك المقدرة على دفع التعويض أن يقرر إما استملاك العقار..»[2]، أو نظام «على المحافظ أن يتخذ فوراً جميع التدابير اللازمة لمقاومة الكوارث الطبيعية كالفيضان والحريق والأوبئة والآفات ومكافحتها على أن يخبر الجهات المختصة لاستكمال المقاومة والمكافحة بطرقها الفنية»[3]، وتعد النصوص القانونية مصدراً أساسياً للاختصاص الوظيفي؛ إذ يلجأ المشرع دوماً إلى توزيع الاختصاصات والصلاحيات الوظيفية على الجهات الإدارية المختلفة بصورة دقيقة.

(١) المادة (٣٥) من الدستور الأردني لعام ١٩٥٢.

(٢) المادة (٤) من قانون الاستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨٧.

(٣) المادة (١٩) من نظام التشكيلات الإدارية رقم (٣٧) لسنة ١٩٩٥.

ثانياً: التفويض الإداري:

يتعين على الجهات الإدارية أن تباشر الصلاحيات القانونية المنوطة بها وبنفسها، فهي ملزمة قانونياً بالقيام بذلك، وبذا لاتملك تخويل غيرها بمباشرة الصلاحيات نيابة عنها أو بدلاً عنها أو ترك غيرها من الجهات الإدارية تباشر تلك الصلاحيات دون تاهيل قانوني منها، ويطلق على ذلك الاختصاص الشخصي أو المباشرة الشخصية للاختصاص. لهذا يتعين على صاحب الاختصاص مباشرة الصلاحيات القانونية بنفسه مالم يسمح له القانون بغير ذلك، وإلا عُدت القرارات الصادرة غير مشروعة ومشوبة بعيب عدم الاختصاص ومخالفة للقانون، ناهيك عن عدم مشروعية قرار التأهيل القانوني الصادر عن صاحب الاختصاص الأصيل في حالة غياب النصوص التشريعية التي تجيز التفويض.

ويستند الاختصاص الشخصي إلى أساسين قانونيين هما: أن الاختصاص في القانون العام ليس حقاً شخصياً مقرراً لصالح صاحب الاختصاص الأصيل يمارسه كما يشاء، بل إنه وظيفة ومهمة إدارية يتعين ممارستها لتحقيق الصالح العام، وأن القواعد القانونية توزع الصلاحيات والاختصصات بين مختلف الجهات الإدارية بالنظر لمركزها القانوني، وخبرتها وموقعها في الهرم الإداري ومكانة الوظيفة التي تشغلها، لهذا لن تتحقق الاعتبارات السابقة إذا مارست جهات أخرى غير الجهات المختصة قانوناً تلك الصلاحيات[1].

ومما لاشك فيه أن التشدد بتطبيق المبدأ السابق يؤدي إلى نتائج ضارة على الصعيد الإداري تتمثل في عدم دوام سير العمل الإداري بانتظام واطراد

(١) J. Auby, I'inte'rim: R.D.P., p.864.

أو البطء في انجازه. لهذا يظهر التفويض الإداري باعتباره أداة للإسراع في انجاز الأعمال الإدارية، وتجنب عجز الإدارة العامة وشللها. وعلة ذلك أنه يصعب على الوزير باعتباره الرئيس الإداري اتخاذ جميع القرارات الإدارية، فيتعين عليه أن يعهد بممارسة جزء من اختصاصاته إلى بعض معاونيه ومساعديه في الوزارة المركزية في العاصمة أو مدراء المديريات في الأقاليم. فتتم ممارسة هذه الصلاحيات نيابة عن الوزير المختص أصلاً بممارستها، ويقتصر دوره في مثل هذه الحالة على الإشراف والرقابة، بمعنى آخر يمارس المعاونون والمساعدون هذه الصلاحيات الإدارية تحت إشراف الوزير ورقابته.

ويتم نقل ممارسة الاختصاصات والصلاحيات وتحويلها إلى المساعدين والمعاونين الإداريين عن طريق تفويض السلطة سواء تمثل ذلك في تفويض اختصاص[1] أو في تفويض توقيع، ويستخدم اصطلاح التفويض للدلالة على ثلاثة معانٍ مختلفة متباينة، فيقصد منه حسب المعنى الأول أن الجهة التي تجمع جميع الصلاحيات تخول جهة أخرى سلطة القيام ببعض الأعمال التي تنازلت عن ممارستها وفق نظام له طابع الديمومة، فالمقصود إذن تأهيل صريح وواضح للاختصاص، وإسناد الصلاحيات الخاصة.

ويقصد باصطلاح التفويض ثانياً في معنى أضيق من ذلك حينما يستخدم للدلالة على تقرير الجهة المختصة بصلاحيات معينة تخويل جهة إدارية أخرى هذا الاختصاص لفترة زمنية معينة مع بقاء القاعدة القانونية سارية المفعول، ويتميز التأهيل القانوني لممارسة الاختصاص واتخاذ

(١) في هذا الموضوع انظر مؤلف الزميل الدكتور بشار عبدالهادي، التفويض في الاختصاص، عمان، دار الفرقان، ١٩٨٢.

القرارات الإدارية بخاصتين مهمتين أولهما: أن التأهيل القانوني لممارسة الاختصاص اتسم بطابع استثنائي بحت بالنظر لما يمثله من خروج على القواعد القانونية لتوزيع الاختصاص. وثانيهم: أنه ينشأ اختصاص للعضو أو الجهة المفوض دون المساس قانوناً باختصاص صاحب الاختصاص الأصيل.

ويستخدم اصطلاح التفويض ثالثاً بمعنى أضيق من المعنيين السابقين، إذ يقتصر على تخويل المفوض صلاحية إضفاء الصفة الرسمية على القرار، وليس تخويله صلاحية إصداره، إذ لا يملك المفوض إليه سلطة انشائية في إصدار القرار، وكل ما يملكه المفوض إليه يتمثل في إضفاء الصفة الرسمية للمعيار القانوني الذي يتضمنه القرار الإداري[1]، ومهما كان المعنى الذي يمكن إعطاؤه لاصطلاح التفويض فيتعين على صاحب الاختصاص مباشرة الاختصاصات المنوطة به شخصياً إذ أن الاختصاص لايفوض حسب إرادة صاحب الاختصاص وحده، فتعد قواعد توزيع الاختصاص من النظام العام ولايمكن الخروج عليها ومخالفتها إلا بنص تشريعي صريح، وبذا لا يمكن للسلطة الإدارية فرض قراراتها على الأفراد إلا إذا صدرت عن الموظف أو الجهة الإدارية المختصة بإصدارها قانوناً ووفق الشكل والشكليات والإجراءات القانونية.

ويُعد التفويض الإداري وسيلة أساسية ومهمة لتوزيع الاختصاص بين مختلف السلطات الإدارية، فهو أداة لتعدد وتنوع مراكز اتخاذ القرارات الإدارية، لذا يعرف التفويض بأنه إجراء إداري يخول بمقتضاه صاحب الاختصاص الأصيل موظفاً آخر أو جهة إدارية أخرى صلاحية اتخاذ بعض

(١) J.G.Grosilens: la delegation administrative de coompetence, d, 1958, p. 170.

الأعمال القانونية بدلاً منه ولكن تحت إشرافه ورقابته. لهذا قيل بأن تفويض الاختصاص هو تفويض سلطة وليس تفويض مسؤولية، إذ تبقى مسؤولية صاحب الاختصاص قائمة رغم التفويض، أي لايجوز للمفوض إليه أن يفوض غيره اللهم أن تجيز بعض النصوص القانونية ذلك صراحة.

ونظراً لما يمثله التفويض من خروج على قواعد توزيع الاختصاص وإعادة لهذا التوزيع الأولي بين الموظفين العموميين، يتعين أن تتوافر شروط معينة لصحة ومشروعية التفويض وشروط قانونية لصحة ومشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن المفوض إليه استناداً لهذا التفويض.

شروط التفويض:

تقتضي مشروعية التفويض من الناحية القانونية توافر عدة شروط مهمة يترتب على تخلفها أو تخلف أحدها بطلان التفويض، وعدم مشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن المفوض إليه لصدورها عن موظف غير مختص قانوناً بإصدارها أو لمخالفتها للقانون.

الشرط الأول: وجود نص قانوني صريح يجيز التفويض:

تقتضي مشروعية التفويض أن يكون هناك نص تشريعي صريح (في القانون أو النظام) يجيزه. فمن المتفق عليه فقهاً[1] وقضاءً[2] في هذا الشأن أنه إذا أنيطت صلاحية قانونية بمرجع معين، فيتعين عليه أن يمارسها بنفسه، ولايحق له أن يفوض أحداً بممارستها إلا بنص تشريعي صريح. ويقتضي توافر هذا الشرط أيضاً بخصوص تفويض التفويض أو إعادة التفويض، فلا يجوز للمفوض إليه أن يفوض الصلاحيات التي فوض بممارستها إلى غيره

(١) Ch. Debbasch: op. cit. Tome, 2,p. 154.

(٢) C.E: 23/1/1959, Rec, p. 57.

مالم يكن هناك نص تشريعي صريح يجيز تفويض التفويض[1].

وباستقراء قضاء محكمة العدل العليا يلاحظ أن اجتهادها القضائي مستقر على عدم مشروعية التفويض في حالة عدم وجود نص تشريعي صريح يجيز ذلك، وعليه يترتب بطلان وعدم مشروعية التفويض والقرارات الصادرة عن المفوض إليه. فقد قضت محكمة العدل العليا «إذ أنه من القواعد المقررة في هذا الشان أنه إذا أنيطت صلاحية قانونية بمرجع معين، فإنه يجب أن يمارسها هذا المرجع بنفسه، ولايحق له أن يفوض أحداً بممارستها إلا بنص قانوني صريح ولايوجد في القانون مايجيز لوزير الصحة أن ينيب عنه وكيل الوزارة لممارسة الصلاحية المبحوث عنها»[2] «أما قانون العمل فلم ينص في الفصل الثالث عشر على أن للوزير أن يفوض الوكيل والقاعدة أنه إذا أناط القانون بشخص ما صلاحية فلا يجوز له تفويض غيره بممارستها إلا إذا ورد نص خاص على التفويض ولذلك ليس لوزير العمل أن يفوض وكيل الوزارة بتولي صلاحياته بخصوص النقابات لعدم وجود نص بذلك، وحيث أنه يستفاد من الكتابين الصادرين عن وكيل الوزارة منه تحت عنوان«عن وزير العمل» بانه قصد فصل المستدعي من لجنة إدارة النقابة لأنه حكم بجريمة الرشوة وهو غير مخول قانوناً بذلك، فيكون قد خالف القانون»[3] «لدى استعراض النصوص القانونية نجد أن للوزير بمقتضى المادة (١١٥) من نظم الخدمة المدنية أن يفوض خطياً أياً من صلاحياته المنصوص عليها في هذا النظام لوكيل الوزارة أو كبار الموظفين فيها، وبما أن الوزير قد فوض مدير المواصلات في العاصمة الصلاحيات المبينة في كتاب

(١) C.E: 6/1/1954, Rec, p. 8, et C.E: 3/3/1978, R.D.P, 1979, p. 5611.

(٢) عدل عليا، ٢٤/٤/١٩٥٤، مجلة نقابة المحامين ١٩٥٤، ص٣٦٤.

(٣) عدل عليا، ٢٩/١١/١٩٧٨، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٨، ص١٧٤.

التفويض المبرز ومنها اتخاذ الإجراءات التاديبية، فإن المدير مختص بإصدار القرار المشكو منه»[1] « نجد أن المادة الثالثة من هذا النظام تجيز للوزير أن يفوض هذه الصلاحية لغيره»[2] «ويستفاد مما تقدم أن الاستغناء عن المدرسين في هذه الكلية هو من اختصاص مجلس الأمناء حصراً، ولايوجد في النظام المذكور نص يخول هذا المجلس أن يفوض غيره بتولي هذا الاختصاص كما رسمها المشرع، فليس لمن تولى سلطة أن يفوض غيره بممارستها إلا إذا نص التشريع على ذلك، وبناء عليه فإن قرر مجلس الأمناء بتفويض وزير الأوقاف ليبت بامر الاستغناء عن المستدعي من عدمه لايستند إلى قانون أو نظام حتى ولا تعليمات»[3].

الشرط الثاني: أن يكون التفويض جزئياً:

يشترط لمشروعية التفويض حتى ولو كان هناك نص تشريعي يجيز ذلك أن يكون التفويض جزئياً[4]، إذ لايجوز أن يفوض صاحب الاختصاص جميع صلاحياته واختصاصاته نظراً لما يمثله ذلك من تنازل عن الوظيفة ويضحي وجود صاحب الاختصاص على رأس عمله فاقداً لمعناه. لذا تستخدم النصوص التشريعية التي تجيز التفويض كلمة «بعض» للدلالة على أن التفويض جزئي.

الشرط الثالث: أن يكون التفويض مؤقتاً:

يتعين أن يحدد صاحب الاختصاص المفوض الفترة الزمنية التي مكن

---

(١) عدل عليا، ٢٢/١٠/١٩٧٩، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٩، ص١٦٤.

(٢) عدل عليا، ١٦/١٢/١٩٨٢، مجلة نقابة المحامين، ص١٥٥.

(٣) عدل عليا، ٢٤/٣/١٩٨٦، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٦، ص٨٩٧.

(٤) C.E: 8/3/1950, Rec, p. 85.

فيها للمفوض إليه ممارسة الصلاليات والاختصاصات المفوضة، لهذا يُعد فوات هذه الفترة دون صدور قرار جديد بالتفويض أو بتجديده أو بتمديد مدة التفويض السابق فقدان المفوض إليه لتاهيله القانوني لاتخاذ القرارات الإدارية التي يمكن إصدارها في مدة التفويض.

أنواع التفويض:

يمكن تصنيف التفويض الإداري إلى عدة تصنيفات مختلفة حسب الزاوية التي نظر منها إليه ووفق المعيار الذي نعتمد عليه لإجراء التصنيف، ولكن هناك تصنيفاً موضوعياً ياخذ بعين الاعتبار محل التفويض ذاته، ويقسم التفويض إلى تفويض اختصاص وتفويض توقيع، ويتمثل هذا التصنيف في مدى السلطة التي يتمتع بها المفوض إليه، هو التصنيف المعتمد والمعمول به في القانون الإداري.

أولاً : تفويض الاختصاص:

يتمثل تفويض الاختصاص في نقل أو تحويل صلاحية اتخاذ بعض القرارات الإدارية من صاحب الاختصاص الأصيل إلى غيره من المرؤوسين الإداريين، لذا يعد تفويض الاختصاص وسيلة ينقل بمقتضاها صاحب الاختصاص الأصيل صلاحية اتخاذ بعض القرارات ذات الأهمية البسيطة أو ذات الطبيعة الفنية إلى الجهات الإدارية التي تولت إعداد مشاريعها الأولية. هكذا يتخلص الرئيس الإداري الأعلى من القرارات البسيطة والفنية، ويعهد بصلاحية اتخاذها إلى مرؤوسيه المتخصصين بموضعها لكي يتحملوا مسؤولية اتخاذها، ويعالج جزئياً عيوب ومساويء التوزيع الأولي للاختصاص، هكذا يتميز الاختصاص بحلول موظف بدلاً من صاحب الاختصاص الأصيل لاتخاذ القرار.

ثالثاً: تفويض التوقيع[1]:

يتمثل تفويض التوقيع في ترخيص يتمكن بمقتضاه أحد المرؤوسين الإداريين من توقيع بعض القرارات الإدارية بدلاً من صاحب الاختصاص، ولكن تحت رقابة ومسؤولية صاحب الاختصاص الأصيل[2]، هكذا تقتصر صلاحية المفوض إليه في هذه الحالة على مجرد التوقيع المادي على مشروع القرار الإداري وإضفاء الصفة الرسمية عليه.

ومن المعلوم أن هذين النوعين من أنواع التفويض يعتبران أداة تحقيق عدم التركيز الإداري باعتبارهما أداة ووسيلة لتخفيف العبء عن الرئيس الإداري، إذ يسمحان له بتوفير الوقت الضروري للاهتمام بالقضايا والأمور الإدارية الكبرى، ويساعدان دون شك في سرعة إنجاز الأعمال الإدارية، وزيادة الفعالية الإدارية، مما يخفف العبء عن المواطنين ومعاناتهم اليومية، وباختصار فهما أداة لتحسين سير العمل الإداري.

وإذا كان هناك بعض النقاط المشتركة التي تجمع بين نوعي التفويض، فهناك أوجه اختلاف مهمة وجوهرية تفرق بينهما:

أولاً: يعد تفويض الاختصاص إعادة لقواعد توزيع الاختصاص، إذ يؤدي إلى نقل الاختصاص كليةً من المفوض إلى المفوض إليه، مما يؤدي إلى حرمان صاحب الاختصاص الأصيل من ممارسة الاختصاص طيلة مدة التفويض، مادام التفويض قائماً وساري المفعول من الناحية القانونية[3]، بينما لايعد تفويض التوقيع

---

(١) J. Puisoye, les delegations de singature, A.J.D.A, 1960, p. 69.

(٢) Odent, cours, de contentieux administratifs, 1955, 1956, Tome, 3, p. 562.

(٣) عدل عليا، ٥/١٢/١٩٧٠، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٠، ص٨٨٩.

إعادة لقواعد توزيع الاختصـاص، إذ تقتصر سلطة المفوض إليه على القيـام بعمل مادي يتـمثل في التـوقيع على مشـروع القرار الإداري وإضفـاء الصفة الـقانونية عليـه. لهذا لايجـرد تفويض التوقـيع صاحب الاخـتصاص من اخـتصـاصه والتوقـيع على القرارات الإداريـة بجانب المفـوض إليه، وتعد الـقرارات الإدارية الموقعة منه صحيحة ومشروعة من الناحية القانونية على الرغم من وجود تفويض التـوقيع. فقد قضت محكمـة العدل العليا في هذا الشأن: «يخول النظام الوزير أن يفوض غـيره بالتوقيع على رخص الاستيـراد وبهذه الحالة له أن يضع التعليـمات اللازمة لكي يتقيد بها هو ومن فوضه وليس في التشريع نص يمنعه من ذلك»[1] « إن المادة (٢٠) من نظام الاسـتيراد لسنـة ١٩٦٧ تخول وزير الصناعـة والتـجارة أن يفـوض الوكـيل أو أياً من مـوظفي مديرية التجارة بالتوقيع على رخص الاستيراد وأن يضع قواعد عامة لتنفيذ أحكام هذا النظام لكي يتبعها الشخص المفوض»[2].

ثانياً: يعد تفويض التوقيع تفويضـاً شخصياً يوجه إلى شاغل المنصب الوظيـفي بشخـصه لابصفـته الوظيـفيـة، ومن الواجب إ ذن أن يتـضمن قـرار التفـويض اسم أو أسمـاء الموظفين الذين فوضـوا بالتـوقيع نيـابة عن الرئيس الإداري الأعلى. ويتـرتب على ذلك انقـضاء وانتـهاء التـفويـض إذا انتهت لأي سـبب من الأسبـاب خدمات المفوض أو المفوض إليه أو تغـيرت مراكزهم وأوضاعهم الوظيـفية، ومن البـديهي والمنطقي انتـهاء تفـويضات التـوقيع

(١) عدل عليا، ١٩٨٣/٦/٢٩، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٣، ص١٠٧٣.

(٢) عدل عليا، ١٩٨٣/٨/٢٧، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٣، ص١١٩٩.

الصادرة عن الوزير في حالة استقالته من الوزارة أو إقالته أو في حالة استقالة الوزارة جميعاً أو إقالتها. ولكن في حالة تكليف الحكومية المستقيلة الاستمرار بالعمل وتصريف الشؤون والأمور العاجلة لحين تعيين وزارة جديدة تستمر جميع قرارات التفويض -تفويض التوقيع- قائمة وسارية المفعول من الناحية القانونية لحين تعيين حكومة جديدة. أما تفويض الاختصاص فيعد تفويضاً وظيفياً يوجه إلى شاغل المنصب الإداري بصفته الوظيفية لا بصفته الشخصية، لذا تبقى تفويضات الاختصاص قائمة وسارية المفعول مهما تغيرت الأوضاع والمراكز الوظيفية لطرفي التفويض (المفوض أو المفوض إليه).

ثالثاً: تختلف القيمة القانونية للقرارات الإدارية الصادرة في الحالتين، ففي حالة تفويض الاختصاص يتمتع القرار الإداري الصادر بقيمة قانونية معادلة لقيمة القرارات الإدارية الصادرة عن المفوض إليه، إذ تنسب القرارات الصادرة في هذه الحالة إلى المفوض إليه وترتبط قوتها القانونية بدرجة المفوض إليه في الهرم الإداري أو السلم الإداري ، بينما تتمتع القرارات الإدارية في حالة تفويض التوقيع بقيمة قانونية معادلة أو مساوية للقيمة القانونية للقرارات الصادرة عن المفوض صاحب الاختصاص الأصيل.

ويشترط لمشروعية القرارات الصادرة عن المفوض إليه استناداً لصلاحيته المستمدة من التفويض شروطاً معينة يترتب على تخلفهاعدم مشروعية القرار الإداري وبطلانه وعنينا في هذا المقام الشروط المتعلقة

بالاختصاص.

الشرط الأول: صدور قرار بالتفويض من صاحب الاختصاص الأصيل:

لايكفي لمشروعية التفويض وجود نص قانوني يجيز التفويض، بل يجب أن يصدر قرار بالتفويض، أي أن يستخدم صاحب الاختصاص الأصيل الرخصة القانونية المخولة إليه باللجوء إلى التفويض، وذلك حينما يقرر نقل صلاحية ممارسة جزء من سلطته إلى المفوض إليه، فقد قضت محكمة العدل العليا في هذا الشأن «وحيث أنه ثابت من الرخصة المبرزة أن محاسب بلدية السلط هو الذي أصدرها وحيث أن المادة السابعة من قانون رخص المهن رقم (٨٣) لسنة ١٩٧٢، توجب أن يتقدم طالب الرخصة إلى رئيس البلدية أو من يفوضه بذلك. إن وكيل المستدعي لم يثبت أن محاسب بلدية السلط مفوض من رئيس البلدية المذكورة، فيكون إصدار الرخصة من المحاسب باطلاً لأنه غير مختص[1]. ومما لاشك فيه أن استخدام صاحب الاختصاص الأصيل لصلاحيته القانونية في التفويض الإداري ووقت هذا الاستخدام يندرج ضمن إطار السلطة التقديرية البحتة بحيث يترك أمر تقدير اللجوء لهذه الرخصة لمطلق تقدير صاحب الاختصاص الأصيل.

الشرط الثاني: صدور قرار التفويض قبل ممارسة المفوض إليه للاختصاص وإصدار القرارات الإدارية:

يتوجب لمشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن المفوض إليه أن تصدر عقب صدور قرار بالتفويض، إذ أنه قبل صدور قرار التفويض لم يكن مؤهلاً قانوناً لممارسة الاختصاص وإصدار قرارات إدارية. فالقاضي الإداري ينظر ويحكم على مشروعية القرارات الإدارية وفق القواعد السارية المفعول

(١) عدل عليا، ١٩٨٤/٢/١١، مجلة نقابة المحامين، ص٣٠٤.

والمعمول بها وقت إصدارها، وليس وقت نظر مشروعيتها، فقد قضت محكمة العدل العليا في هذا الشأن«إن الفصل في مشروعية أي قرار يجب أن يتم في ظل النصوص القانونية التي صدر ذلك القرار في ظلها، ولاسيما فقد يجد بعد ذلك أحداث من شأنها أن تغير وجه الحكم، إذ لايسوغ في مقام الحكم على مشروعية القرار وسلامته جعل أثر الظروف اللاحقة المستجدة ينعطف على الماضي لإبطال قرار صدر صحيحاً أو تصحيح قرار صدر باطلاً في حينه[1]».

الشرط الثالث: أن يقتصر التفويض على بعض الصلاحيات التي تندرج ضمن اختصاص المفوض:

من المتفق عليه أن صاحب الاختصاص الأصيل لايملك تفويض صلاحيات لاتندرج ضمن صلاحياته أو تتجاوز نطاق صلاحياته موضوعياً أو زمانياً أو مكانياً. فقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أن السلطة الإدارية لاتملك تفويض أكثر من الصلاحيات التي تختص بممارستها قانوناً[2].

ثالثاً: الحلول في ممارسة الاختصاص:

يتمثل الحلول في قيام موظف معين بدلاً من صاحب الاختصاص الأصيل بممارسة الاختصاصات المسندة إليه نظراً لاستحالة ذلك عملياً أو قانونياً، ويتحقق الحلول عندما يتغيب صاحب الاختصاص الأصيل فترة زمنية معينة[3]، فيحل محله وبحكم القانون الموظف الذي حدده وعينه المشرع

---

(١) عدل عليا،٢١/٢/١٩٧٧، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٧، ص١٥٦٢.

(٢) C.E: 17/3/1944, Rec, p. 90, et 16/7/1948, Rec, p. 334, et 3/1/1955, Rec, p. 703.

(٢) A. de laubadere: op. cit., No. 686.

مسبقاً[1]، تنص الفقرة (٢) من المادة (٤٢) من قانون البلديات رقم (٢٩) لسنة ١٩٥٥ «على أن يمارس نائب الرئيس مسؤوليات وصلاحيات الرئيس في حالة غيابه بالمرض أو الإجازة أو السفر في مهمة رسمية خارج المملكة أو حالة شغور مركز الرئيس».

ويستخدم في اللغة القاونية اصطلاح (La Suppleance) للدلالة على الحلول بمعناه المتقدم، وذلك حينما يحل الشخص المعين قانوناً محل صاحب الاختصاص الأصيل في حالة تغيبه لسبب أو لآخر بغية ممارسة المهمات والمسؤوليات المنوطة به. ويستخدم اصطلاح La substitution للدلالة على حلول الرئيس محل المرؤوس أو حول جهة الوصاية الإدارية محل الهيئة اللامركزية لامتناعها وإحجامها عن إجراء تصرف قانوني أوجب القانون إجراءه. فيتضمن الحلول هنا معنى الجزاء أو على الأقل المؤاخذة على الامتناع عن إجراء التصرف القانوني، بينما يستخدم في اللغة القانونية العربية اصطلاح الحلول للدلالة على الحالتين السابقتين رغم الفوارق الجوهرية التي تفصل بينهما وتميزها عن بعضها بعضاً، ناهيك عن اختلال الآثار القانونية. ولهذا نرى قصر دلالة اصطلاح الحلول على الحالة الأولى فقط بينما يستخدم اصطلاح الحلول بسبب الامتناع للدلالة على الحالة الثانية.

ويشترط لتحقق الحلول توافر العديد من الشروط القانونية المهمة التي يترتب على تخلفها بطلان القرارات الإدارية الصادرة عن الحال وعدم مشروعيتها.

(١) Ch. Debbasch: op. cit., p. 254.

الشرط الأول: عدم مقدرة أو قدرة صاحب الاختصاص الأصيل على ممارسة الاختصاصات المنوطة به:

فالمقصود بعدم مقدرة صاحب الاختصاص عدم المقدرة القانونية أو المادية، أي عدم الإمكانية المادية أو القانونية على ممارسة الاختصاص لغياب صاحب الاختصاص الأصيل لسبب أو لآخر لكونه مجازاً قانوناً أو مسافراً في مهمة رسمية خارج المملكة أو موقوفاً قانوناً عن العمل.

الشرط الثاني: وجود نص تشريعي يحدد الموظف الذي يحل قانوناً محل صاحب الاختصاص الأصيل:

فبمجرد تحقق شرط عدم الإمكانية القانونية أو المادية يحل الحال بحكم القانون محل صاحب الاختصاص الأصيل دون حاجة لصدور قرار إداري لتعيين وتكليف الحال بممارسة الاختصاص. وإذا صدر قرار إداري بهذا الشأن يعد قراراً إدارياً كاشفاً وليس منشئاً لأن الحال يستمد حقه في الحلول من القانون مباشرة، فقد قضت محكمة العدل العليا بما يلي«وحيث أن هذه المادة قد نصت عند غياب المدير العام عن العمل يصبح نائب المدير العام مديراً بالوكالة فيكون تولي نائب المدير العام لصلاحيات المدير العام في أثناء غيابه متفقاً مع القانون ولايرد عليه الطعن»[1].

وتجدر الإشارة قبل بيان أوجه الاختلاف بين التفويض والحلول إلى بيان أوجه الشبه بينهما، إذ يعدان وسيلتان لممارسة الاختصاصات

---

(١) عدل عليا، ١٩٨١/١١/٢٨، نقابة المحامين ١٩٨١، ص٢٩٥. «أما فيما يتعلق بحضور مساعد أمين السر اجتماع إدارة الصندوق بدلاً من أمين السر فإنه لايخالف النظام لأن المادة (٢١) المعدلة من هذا النظام أجازت للمساعد أن يحل محل أمين السر في حال غيابه ومن الثابت أن أمين السر كان أنذاك متغيباً. عدل عليا، ١٩٨٣/١١/٢٩، نقابة المحامين ١٩٨٤، ص٥.

والصلاحيات من موظف آخر غير صاحب الاختصاص الأصيل، كما أنهما يؤديان أو يحققان نقلاً مؤقتاً لممارسة الاختصاص بحيث تعود ممارسة السلطة فيما بعد إلى صاحب الاختصاص الأصيل وإذا كان هناك أوجه تشابه متعددة بين التفويض والحلول، فهناك أوجه اختلاف جوهرية بنيهما.

أ- من حيث السند القانوني:

إذا كانت صحة التفويض ومشروعيته تقتضي صدور قرار إداري بالتفويض، ومن هذا القرار الإداري يستمد المفوض صلاحيته لممارسة الاختصاص وإصدار قرارات إدارية، بينما يستمد الحال صلاحيته في ممارسة الاختصاصات والصلاحيات من النص التشريعي مباشرة، إذ يحل تلقائياً وبحكم القانون محل صاحب الاختصاص، ولذلك يعتبر القرار الإداري بتكليف الحال قراراً إدارياً كاشفاً وليس منشئاً، فالحال يستمد صلاحيته في ممارسة الاختصاص من القانون مباشرة وليس من القرار الإداري الصادر.

ب- من حيث المدى[1]:

يعد التفويض كما رأينا سابقاً تفويضاً جزئياً، بحيث لايجوز قانوناً أن يفوض صاحب الاختصاص جميع اختصاصاته وصلاحياته، وإلا فقد سبب وجوده ومبرره، بينما يعد الحلول شاملاً، بحيث يملك الحال ممارسة جميع اختصاصات وصلاحيات صاحب الاختصاص الأصيل المتغيب بما فيها صلاحية إصدار قرارات إدارية بالتفويض شريطة توافر شروطه، لذلك يعد الحلول كلياً وشاملاً لجميع الاختصاصات اللهم أن ينص القانون على خلاف ذلك.

---

(١) F.Be'noit: op. cit., No. 793.

ج- من حيث حرية صاحب الاختصاص في الاختيار:

يتمتع صاحب الاختصاص الأصيل بحرية واسعة في اختيار المفوض إليه، ففي حالة تفويض رئيس الجامعة يمكنه اختيار أحد نواب الرئيس أو أحد العمداء، بينما لايملك صاحب الاختصاص الأصيل في حالة الحلول حق اختيار الحال، إذ أن النص التشريعي يحدد مقدماً ومسبقاً شخص الحال الذي يحل محل صاحب الاختصاص الأصيل بحكم القانون عند تحقق شروط الحلول المنصوص عليها في القانون.

د- من حيث القيمة القانونية للقرارات الإدارية الصادرة في الحالتين:

تتمتع القرارات الإدارية الصادرة عن المفوض إليه(في حالة تفويض الاختصاص) بقيمة القرارات الإدارية الصادرة عنه، وليس قيمة القرارات الإدارية الصادرة عن صاحب الاختصاص الأصيل كما هو الحال في الحلول، فقد قضت محكمة العدل العليا بما يلي:«ومن حيث الدفع الذي أثاره وكيل أمانة العاصمة نجد أن نائب أمين العاصمة يقوم مقامه عند غيابه وهما يشغلان منصباً واحداً، ولذلك فإن توجيه الدعوى ضد أمين العاصمة لايخالف القانون»[1].

هـ- من حيث النهاية:

تختلف نهاية التفويض عن نهاية الحلول، فيأخذ التفويض نهايته بانقضاء مدة التفويض حينما يكون مؤقتاً بفترة زمنية معينة، كما يأخذ التفويض نهايته بالإلغاء المستقبلي وذلك حينما يقرر المفوض وضع نهاية مبتسرة قبل نهايته الطبيعية (انقضاء المدة) بينما ينتهي الحلول بعودة صاحب الاختصاص الأصيل لمزاولة مهمات منصبه كان يقطع إجازته ويعود

(١) عدل عليا، ٢٨/٣/١٩٧٧، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٧، ص٦٣٢.

لعمله، وأحياناً تكون عودة صاحب الاختصاص الأصيل لمنصبه خارجة عن إرداته، تحددها ظروف خارجية كالوضع الطبي أو الصحي أو ظروف نهاية مؤتمر عالمي يعقد خارج الدولة أو نهاية زيارة رسمية للخارج.

رابعاً: الإنابة كمصدر من مصادر الاختصاص:

بجانب التفويض والحلول هناك أيضاً الإنابة التي تؤدي إلى ممارسة الاختصاصات والصلاحيات من غير صاحب الاختصاص الأصيل بذلك، ولكننا لانتفق مع اصطلاح الوكالة الذي يستخدمه المشرع الأردني للدلالة على هذا التكليف الإداري، وذلك لأن الوكالة عقد يقتضي التقاء إرادتين بحيث يملك الوكيل رفض الوكالة دون أن يتعرض لأي جزاء تاديبي، بينما الإنابة باعتبارها تكليف إداري لايملك الموظف المكلف رفض القيام بمهمات وأعباء الوظيفة المسندة إليه وإلا تعرض للمسؤولية التاديبية.

ويرى جانب من الفقه بان الإنابة تتمثل في حالة وجود مانع يحول دون ممارسة الاختصاص فتقوم السلطة الإدارية المختصة بتسمية نائب للتصرف بدلاً من صاحب الاختصاص الأصيل لحين صدور قرار مضاد أو انتهاء المانع الذي أدى لهذا الحلول[1]، ويعرف البعض الإنابة بانها: الحالة التي يكلف فيها الموظف العام مؤقتاً باداء مهمات موظف آخر نظراً لتغيبه أو بعد انتهاء خدماته لحين مباشرة الخلف لمهمات الوظيفة[2]، ويعرف البعض النائب بانه: الشخص الذي يكلف مؤقتاً بالحلول محل صاحب الاختصاص الأصيل طيلة مدة تغيبه، أو في الفترة الواقعة مابين انتهاء خدماته ومباشرة الخلف المعين لمهمات الوظيفة. ونحن نرى بان الإنابة هي عبارة عن تكليف

(١) J. A,uby,l'inte'rim , R.D.P, 1966, P.864.

(٢) Ch.Debbasch, institution, op. cit., Tome, 2,p.155.

إداري تعهد بمقتضاه السلطة الإدارية العليا إلى أحد الموظفين بمهمة القيام بأعباء وظيفية معينة نظراً لتغيب شاغلها لسبب من الأسباب لحين عودة هذا الأخير إلى وظيفته أو تعيين خلف له، لهذا تُعد الإنابة وسيلة أو إجراء إداري يسمح حتى في ظل غياب النص القانوني الصريح بتامين مزاولة بعض الصلاحيات الإدارية التي عجز صاحب الاختصاص الأصيل عن ممارستها لسبب من الأسباب. فهي وسيلة لتجنب شغور الوظيفة العامة وتلافي شلل الإدارة العامة.

شروط الإنابة:

يقتضي تحقق وقيام الإنابة الإدارية توافر شروط أساسية معينة لعل أهمها شغور الوظيفة[1] ووجود قاعدة قانونية تسمح وتجيز ذلك.

الشرط الأول: شغور الوظيفة:

يقصد بشغور الوظيفة معنيان مختلفان، أولهما المعنى الضيق الذي يقصر شغور الوظيفة على حالة الموانع المؤقتة التي تحول دون ممارسة الاختصاص كالمرض أو السفر في مؤتمر خارج الدولة. وثانيهما المعنى الواسع الذي يشمل الموانع المؤقتة والدائمة والنهائية معاً. لهذا نرى أن شغور الوظيفة يشمل جميع الموانع المؤقتة والنهائية التي تحول دون ممارسة مهمات الوظيفة. كما يقصد بالمانع أي سبب يضع صاحب الاختصاص الأصيل بصورة مؤقتة أو نهائية بحالة من الاستحالة لممارسة الاختصاص مالم تقضِ النصوص القانونية بغير ذلك[2]. وقد تبنى المشرع الأردني المدلول الواسع لشغور الوظيفة، فقد حددت الفقرة (أ) م المادة (٧٣) من نظام الخدمة

(١) عدل عليا، ١٩٨١/٢/٢٢، مجلة نقابة المحامين ١٩٨١، ص٤٣١.

(٢) J. Auby: op. cit.

المدنية الأخير حالات قيام الإنابة وهي «إذا شغرت أي وظيفة من وظائف أي من الفئتين العليا والأولى أو تغيب شاغلها في بعثة أو دورة أو إجازة رسمية دون راتب أو كان معاراً».

الشرط الثاني: عدم وجود نص قانوني يقضي بالحلول:

إذا تحقق المانع الذي يحول دن مباشرة الاختصاص، فيتعين على السلطة الرئاسية العليا أن تحدد النائب الذي يحل محل صاحب الاختصاص الأصيل لتأمين أداء مهمات وظيفته لحين زوال المانع المؤقت أو تعيين خلف للموظف ومباشرته للعمل الوظيفي. ولكن إذا توقعت النصوص التشريعية في حالة شغور الوظيفة وحددت الموظف الحال مسبقاً، فيحل هذا الأخير محل صاحب الاختصاص الأصيل المتغيب تلقائياً وبصورة آلية دون حاجة لصدور قرار بالتكليف، وإذا صدر هذا القرار يكون قراراً كاشفاً وليس منشئاً. لهذا لاتملك السلطة الإدارية اللجوء إلى الإنابة إذا كانت هناك نصوص تتوقع الحلول أو تؤمن أداء مهمات الوظيفة.

وبالتأسيس على ماسبق يظهر الفرق واضحاً بين الإنابة والحلول. فتتوقع النصوص القانونية في الحلول الموانع التي تحول دون مباشرة الاختصاص وتعين الحال مسبقاً، بحيث يحل الموظف الحال محل صاحب الاختصاص الأصيل المتغيب تلقائياً ويباشر اختصاصاته وصلاحياته[1]. هكذا لايقتضي الحلول تسمية الموظف الحال، فهو محدد مسبقاً بالأحكام القانونية التي توقعت ونظمت الحلول، كما لايقتضي الحلول تأهيل الموظف الحال تأهيلاً قانونياً، إذ أنه مؤهل مسبقاً من القانون مباشرة، لهذا يتحقق الحلول تلقائياً، وتقتضي بدايته التحقق والتثبت من الواقعة الشرطية التي

(١) F.Benoit: op. cit., No. 793.

حددها النص القانوني، وهي واقعة الغياب أو العجز عن مباشرة الاختصاص[1].

الشرط الثالث: أن تكون الإنابة مؤقتة:

تتسم الإنابة وتتميز بأنها ذات طابع مؤقت، إذ أنها تتمثل في نقل مؤقت للاختصاص من الموظف المختص قانوناً إلى غيره. لهذا لاتكون الإنابة مشروعة إلا إذا كانت لفترة قصيرة نسبياً[2]، ويتحقق القضاء الإداري الفرنسي من أن مدتها لاتتجاوز المدة العادية[3]، وقد حددت المادة (٧٣) من نظام الخدمة المدنية الأردني الحد الأعلى للإنابة فيجوز تكليف موظف آخر من موظفي الدائرة نفسها أو من دائرة أخرى عند الضرورة للقيام بمهمات وأعمال تلك الوظيفة بالوكالة لمدة لاتزيد على سنة واحدة.

الشرط الرابع: وجود قاعدة قانونية تسمح باللجوء إلى الإنابة:

يتعين لمشروعية اللجوء إلى الإنابة أن يكون هناك قاعدة قانونية تسمح باللجوء إلى الإنابة لمواجهة حالة شغور الوظيفة وتلافي حالة شلل الوظيفة العامة نظراً لتغيب شاغلها لأي سبب من الأسباب. ويمكن أن تكون هذه القاعدة القانونية مكتوبة واردة في الدستور أو القانون أو النظام (المادة٧٣ من نظام الخدمة المدنية الأخير)، أو قاعدة غير مكتوبة تتمثل في مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ويعد هذا المبدأ الأساس القانوني للإنابة في حالة عدم وجود نص قانوني مكتوب عليها[4]، ويتعين أيضاً في القاعدة

---

(١) J.Auby. op. cit.

(٢) A.de lauhade're: op. cit. No. 686.

(٣) C.E: 12/7/1949. Rec. p. 686.

(٤) J.Auby: op. cit.

القانونيـة التي تتوقع الإنابة أن تكون على أقل تقدير من ذات مرتبـة القواعد القـانونية التي أناطت الصـلاحيـات والاختـصاص بصـاحب الاختـصاص المتغيب[1].

الشرط الخامس: صدور قرار الإنابة:

يتعين لتكليف الموظف العام بصورة قـانونية صدور قرار خاص لتكليف الموظف النائب. ويتضمن هذا القرار عادة تسمية الموظف النائب ويحدد بداية ونهاية الإنابة ومـدى الصلاحيـات والسلطات التي يمكن للنائب ممارستـها طيلة فـترة الإنابة[2]، ويمكن أن يكون قرار التكليف صـريحاً وهذا هو الوضع الغالب أو ضـمناً كاستمـرار الموظف المحال إلى التقـاعد في ممارسة مهـمات وظيفته بعد إحـالته إلى التقاعد، إذ يمكنه الاستمرار في أداء مهـمات وظيفته كنائب لحين تعيين خلف له، ولهذا لايعتبر صـدور قرار صريح شرطاً أساسياً للإنابة[3]، ويتـعين توافر شـروط معـينة لمشروعـية قـرار التكليف بالإنابة، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أ- يتعين لمشروعـية قرار الإنابة عدم وجود أي قاعدة قـانونية مكتوبة تستبعد إمكانية اللجوء إلى الإنابة، لهذا لايجوز اللجوء إلى الإنابة إذا كـانت هناك نصـوص قانونـية صـريحـة تنص على الحلول كـأداة لإشغال الوظيفة الشاغرة مالم يكن تطبيق هذه النصوص القانونية مـستـحـيلاً، ولـكن وجود نصـوص تشـريعـية تسـمح لصـاحب

---

(١) J.Auby: op. cit.

(٢) عدل عليا: ١٩٩١/٣/٣٠، مجلة نقابة المحامين ١٩٩١، ص٨٢٢. وعدل عليا، ١٩٨٤/١٢/٢٠، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٥، ص٧٤٥.

(٣) J.Auby: op. cit.

الاختصاص بتفويض بعض صلاحياته لاتستبعد اللجوء إلى الإنابة[1].

ب- يتعين أن يصدر قرار بالتكليف بالإنابة من السلطة الإدارية المختصة. وإذا لم تحدد النصوص القانونية السلطة المختصة بإصدار قرار الإنابة، فتندرج هذه الصلاحية ضمن اختصاص الرئيس الإداري الأعلى. لهذا يقتضي إعمال الإنابة وجود سلطة رئاسية أعلى من صاحب الاختصاص المتغيب أو على أقل تقدير من ذات المستوى الذي يحتله ويشغله في الهرم الإداري. وبذا يستحيل اللجوء إلى الإنابة في حالتي غياب هذه السلطة الرئاسية بالمعنى السابق، مالم يكن هناك نص صريح يقضي بغير ذلك. وفي حالة انتفاء رابطة التبعية الرئاسية كوضع الهيئات اللامركزية الإدارية.

ويقصد بالسلطة الرئاسية تلك السلطة التي تملك إصدار قرار الإنابة في حالة غياب النص التشريعي الصريح، أي الرئيس الإداري الأعلى للمرفق التي تنتمي إليه الوظيفة الشاغرة.

تنص المادة (٧٣) من نظام الخدمة المدنية الأخير «يتم تكليف الموظف الوكيل بقرار من رئيس الوزراء بناء على تنسيب وزيري الدائرتين إذا كانت الوظيفة الشاغرة في دائرة أخرى، وبقرار من الوزير إذا كانت الوظيفة الشاغرة في الدائرة نفسها ويشترط في جميع الحالات أن لايكلف الموظف بأكثر من وكالة واحدة في الوقت نفسه.

ج- يتعين على السلطة الإدارية أن تختار الموظف النائب من بين فئات الموظفين المنصوص عليهم، وتتضمن النصوص القانونية عادة

(١) J.Auby: op. cit.

بعض الأحكام التي تحد وتقيد من حرية السلطة المختصة بإصدار قرار الإنابة، فيجب أن لاتقل درجة الموظف وفئة وظيفته عن درجة الموظف الأصيل وفئة وظيفته أو عن الدرجة التي تلي درجة الموظف الأصيل مباشرة في الفئة التي تليها مباشرة[1] وتنص الفقرة (ب) من المادة (١٩) من قانون الجامعة الأردنية رقم (٥٢) لسنة ١٩٧٢ «يختار العميد أحد نوابه ليتولى القيام بأعماله وممارسة صلاحياته عند غيابه، وفي حالة عدم وجود نائب له أو شغور منصب العميد يكلف رئيس الجامعة أحد أعضاء الهيئة التدريسية القيام بأعمال العميد وممارسة صلاحياته طيلة مدة غيابه أو شغور منصبه».

وينبني على ماسبق أن السلطة الإدارية المختصة بإصدار قرار التكليف بالنيابة تتمتع بحرية كبيرة في اختيار الموظف النائب، وتكون هذه الصلاحية عامة في حالة غياب القيود التشريعية المسبقة، ويلاحظ على النصوص التشريعية في هذا المجال أنها تحدد وتضع قيوداً وضوابط عامة فقط تترك للسلطة المختصة صلاحية تقديرية لاختيار الموظف النائب، كما لا تشترط في الموظف النائب توافر ذات الشروط القانونية التي يتطلبها القانون في صاحب الاختصاص الأصيل. ولكن يتعين على السلطة المختصة إعطاء الأولوية للموظفين الذين تتوافر فيهم ذات الشروط القانونية التي يتطلبها القانون في صاحب الاختصاص الأصيل.

---

(١) المادة (٧٣) من نظام الخدمة المدنية الأردني الأخير رقم (١) لسنة ١٩٨٨.

وبالتاسيس على ماسبق يتضح الفرق واضحاً بين الإنابة والحلول، ففي الحلول يحل الحال المحدد والمعين مسبقاً محل صاحب الاختصاص المتغيب.

د - يتعين لمشروعية قرار التكليف بالإنابة أن يكون للوظيفة التي يشغلها الموظف النائب ويباشر اختصاصاتها وجوداً قانونياً. كما يتعين أن يستند قرار الإنابة إلى سبب قانوني تحدده النصوص القانونية عادة بدقة وبصورة صريحة. ولكن يجب أن يبنى قرار الإنابة على وجود مانع يحول دون ممارسة الاختصاص بالمعنى الواسع في حالة غياب النص القانوني الصريح. فقد قضت محكمة العدل العليا«وبما أن انتداب السيد–وهو من موظفي الصنف الأول بوزارة الأشغال ليقوم بمهمات وظيفة وكيل وزارة الأشغال في أثناء غيابه قد تم دون تنسيب من وكيل الوزارة مع العلم أن قرار الانتداب قد صدر بتاريخ ٢٥/٣/ ١٩٨٠ في أثناء وجود وكيل الوزارة على رأس عمله والذي بدأ غيابه اعتباراً من تاريخ ٢٨/٣/ ١٩٨٠، فيكون الانتداب مخالفاً للنظام وبالتالي لايكون السيد– مشغلاً لوظيفة وكيل وزارة الأشغال بصورة قانونية ويكون التنسيب المقدم منه بهذه الصفة مقدماً من غير وكيل الوزارة[1]».

ولايترتب على قرار التكليف بالإنابة أي تغيير في المركز القانوني الذي يشغله الموظف النائب سابقاً، بل يبقى في مركزه الوظيفي السابق. كما لايمنحه هذا التكليف الإداري حق التعيين النهائي في الوظيفة التي يؤدي مهماتها بصفة مؤقتة مالم يكن هنالك نص صريح يقضي بذلك أو يمنحه على

(١) عدل عليا: ٢٢/٢/١٩٨١، مجلة نقابة المحامين، ص٤٣١.

أقل تقدير حق أولوية في إشغـالها بصفة نهائية، وهو اعتـبار تأخذه السلطة المختصة بالتعيين عادة.

وتتمـثل الإنابة في تغييـر المهمات التي يؤديهـا الموظف النائب فقط. إذ يمكن أن يؤديهـا إلى جانب مـهمـات وظيفـته الأصليـة إذا قضت النـصوص القانونية بذلك أو إذا ارتأى الرئيس الإداري الأعلى ذلك، تنص المادة (٧٤) من نظام الخدمـة المدنية الأخـيرة «يقوم المـوظف الوكيل بمهمـات ومسـؤوليات الوظيفة التي شغلها بالوكالة إلى جانب قيامه بمهمات ومسؤوليات وظيفته الأصلية.

ويتـقاضى الموظف النائب في بـعض الأحيـان مبلغ نقـدي إضافي لقـاء قيامه بتنفيذ هـذا التكليف الإداري. ويتوقف أمر المكافأة المالية على النصوص القـانونيـة التي تحـدد وتـنظم الإنابة. لهـذا تكون الإنابة وفـق أحكام نظام الخدمة المدنية الأخـير مجانية إذا كانت مدة الإنابة أقل من شـهر، ومأجورة إذا زادت المدة عن ذلك«ويستوفي مـقابل تلك الوكالة ربع راتبه الأسـاسي إضافة إلى راتبه وعلاواته إذا كانت مدة الوكالة لاتقل عن شهر واحد»[1].

ويتـمـتـع الموظف النائب بذات الصـلاحـيـات التي يتـمـتع صـاحب الاختصاص الأصـيل بها ، مالم تحدد النصوص القانونيـة الصلاحيات التي يتولاها الموظف النائب وتقصرها على تصريف الشؤون العاجلة أو تستثنى بعض الصلاحيات صراحة من نطاق الإنابة. ويمكن أن يرد تـقييد صلاحيات الموظف النائب في قرار التكليف بالإنابة ذاته.

(١) المادة (٧٤) من نظام الخدمة المدنية رقم السنة ١٩٨٨.

وإذا كان الموظف النائب يتمتع في ظل غياب التقيد السابق بذات الصلاحيات التي يتمتع بها صاحب الاختصاص الأصيل، فإن اعتبارات المجاملة والكياسة الإدارية تقود الموظف النائب على عدم اتخذا القرارات المهمة القابلة للتأجيل لحين عودة صاحب الاختصاص الأصيل، ويتولى من الناحية العملية تصريف الشؤن العادية، واتخاذ القرار بشان المسائل والقضايا الاعتيادية والعاجلة خصوصاً إذا كانت مدة الإنابة قصيرة نسبياً.

وتتمتع القرارات الإدارية الصادرة عن الموظف النائب بذات القيمة القانونية التي تتمتع بها القرارات الصادرة عن صاحب الاختصاص الأصيل، وتحتل ذات المرتبة في هرم تدرج القواعد القانونية في الدولة. فضلاً عن اكتسابها لطبيعة قرارات صاحب الاختصاص الأصيل نفسها. فقد أوضحت محكمة العدل العليا الفرق بين الحلول والإنابة ومدى الصلاحيات التي يتمتع بها الحال أو النائب في حكمها الصادر في ٢١/٦/١٩٨٨ «فلا نرى هذا الرأي ذلك لأن رئيس الوزراء يمارس كافة صلاحيات واختصاصات رئيس الوزراء في حالة غيابه بما في ذلك صلاحيته كحاكم عسكري عام في حالة رغبة رئيس الوزراء إناطة صلاحيته كوزير دفاع فإنه يستصدر إرادة ملكية بذلك[١].

وتنتهي الإنابة بعدة صور مختلفة، فقد تنتهي بانتهاء مدتها إذا حدد قرار الإنابة مدتها مسبقاً ومنذ البداية، فتنتهي الإنابة في هذه الحالة بحكم القانون عند انقضاء مدة الإنابة. وقد تنتهي الإنابة بصدور قرار جديد من السلطة المختصة بإنهاء الإنابة نهاية مبتسرة قبل انقضاء المدة المحددة

---

(١) عدل عليا: ٢١/٦/١٩٨٨، مجلة نقابة المحامين، ١٩٩١، ص١٥.

مسبقاً[1]، إذ أنها تملك في أي وقت وضع نهاية للإنابة، وتكليف موظف جديد بإنابة جديدة. وقد تنتهي الإنابة أيضاً وبحكم القانون بزوال السبب الموجب لها، كعودة صاحب الاختصاص الأصيل إلى وظيفته أو تعيين موظف جديد خلفاً للموظف السابق، فلا داعٍ لإصدار أي قرار لإنهاء الإنابة، إذ أنها تنتهي بحكم القانون[2].

خامساً: السلطة الرئاسية:

يتمتع الرئيس الإداري الأعلى بسلطة رئاسية على مرؤوسيه تخوله ممارسة صلاحيات معينة إزاء مرؤوسيه وأعمالهم[3]، ويتمع الرئيس الإداري الأعلى بهذه السلطة الرئاسية دون حاجة لوجود نص تشريعي صريح عليها، فهي مبدأ من المبادىء العامة للقانون[4]، فضلاً عن كونها مصدراً من مصادر الاختصاص، فقد أقر القضاء الإداري الفرنسي استناداً للسلطة الرئاسية بحق الوزراء بإصدار أنظمة مستقلة في ميدان التنظيم الداخلي للمرفق العام[5].

وينبني على ذلك أن الرئيس الإداري الأعلى يتمتع بمقتضى سلطته الرئاسية صلاحية إصدار أوامر وتوجيهات ومنشورات للقيام بعمل أو للامتناع عن عمل معين أو لبيان كيفية القيام بعمل إداري، كما تخوله

(١) عدل عليا: ١٩٩٠/٣/٣٠، مجلة نقابة المحامين، ١٩٩١، ص٨٢٢.

(٢) J.Auby: op. cit.

(٣) في هذا الموضوع راجع مؤلفنا مبادىء القانون الإداري الأردني، الكتاب الأول، عمان ١٩٩٤، ص٢٠٢ ومابعدها.

(٤) C.E: 1/5/1874, Rec, p. 409.

(٥) C.E: 4/5/1906, s, 1908, p. 110-7/3/1936, s,1937,3,p.113.

صلاحية سحب أو إلغاء قرارات مرؤوسيه شريطة احترام قواعد السحب والإلغاء المستقبلي، فتعبتر الحقوق المكتسبة الحد الطبيعي والقانوني لممارسة الرئيس لسلطته الرئاسية، فقد أقر القضاء الإداري الأردني بأن السلطة الرئاسية مصدراً من مصادر الاختصاص سواء بشقها السابق علي القيام بالعمل الإداري أم اللاحق للقيام به. فقد قضت محكمة العل العليا «إذا طلب الوزراء من مرؤوسيه إصدار تعليمات تؤمن إجراء عمل معين وذلك بمجلس الوزراء من الهيمنة التامة على أعمال مرؤوسيه، فله أن يوجههم على سبيل الإلزام ويدعوهم إلى اتخاذ قرار من القرارات التي تدخل ضمن اختصاصهم، ولايكون قرار مجلس الوزراء الوارد طلبه قراراً إدارياً قابلاً للطعن، لأن مجلس الوزراء لم يصدر قراراً من عنده بما طلب إجراءه»[1].

ويجدر التنويه أخيراً إلى أن الرئيس الإداري الأعلى لايملك الحلول محل المرؤوس لاتخاذ قرار إداري معين أناط القانون صلاحية إصداره بأحد مرؤوسيه، وإلا عُدَّ القرار الصادر عن الرئيس معيباً بعيب عدم الاختصاص[2].

سادساً: قاعدة توازي الاختصاص:

تتمتع السلطة الإدارية المختصة بإصدار قرار إداري معين بمقتضى قاعدة توازي الاختصاص بصلاحية اتخاذ القرارات الإدارية المناقضة، مالم يعهد المشرع بصلاحية إصدارها إلى جهة إدارية أخرى أو أن تعدل وتتغير قواعد توزيع الاختصاص مابين الفترتين السابقتين (فترة إصدار القرارالأول وفترة إصدار قرارات المضادة)، لهذا تعرّف قاعدة توازي الاختصاص بانها

(١) عدل عليا: ١٩٦٥/٦/١٥، مجلة نقابة المحامين ١٩٦٦، ص١٠٥٦.

(٢) C.E: 18/7/1947, Rec, p. 538.

قاعدة قضائية[1] تتمتع بمقتضاها السلطة الإدارية المختصة بإصدار قرار إداري معين بصلاحية إصدار قرارات تعديله أو إلغائه إدارياً[2]، هكذا يقتضي إعمال هذه القاعدة القضائية غياب تحديد الجهة الإدارية المختصة بإصدار القرارات المضادة.

واعترف القضاء الإداري الأردني ومنذ زمن بعيد بقاعدة توازي الاختصاص باعتبارها مصدراً من مصادر الاختصاص. فقد قضت محكمة العدل العليا «وبالرجوع إلى النظام رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ المشار إليه نجد أن الفقرة (ح) من المادة الثالثة منه أناطت صلاحية تعيين الأئمة والمدرسين والخطباء والوعاظ بمجلس الأوقاف الأعلى ولم يرد فيه نص على صاحب السلطة في العزل. وحيث أن القاعدة القانونية إن من يملك حق التعيين يملك حق العزل مالم يوجد نص على خلاف ذلك. وحيث أن المستدعي قد عين من مجلس الأوقاف والشؤون الإسلامية بمقتضى المادة الثالثة من النظام رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ المشار إليه كما هو واضح من الكتاب المؤرخ ١٩٦٣/٧/٢٤ رقم ٥٨/١. فإن صاحب الصلاحية في عزله هو المجلس المذكور وليس مدير الأوقاف بالنيابة عن قاضي القضاة[3]، وقضت في حكم آخر «وحيث أنه من القواعد العامة أن السلطة التي تملك حق التعيين تملك حق إنهاء الخدمة ما لم يرد نص على خلاف ذلك، وحيث لم يرد في قانون المؤسسة نص على كيفية إنهاء خدمة المدير العام فإن مجلس الوزراء بالنسبة لذلك يكون هو المختص بإنهاء خدمة المستدعي»[4] وقد ورت التعبيرات التالية في أحد أحكام محكمة

(١) C.E: 8/8/1919, Rec, p.737-10/4/1959, D,1959, p. 210.

(٢) A.de laubadere: op. cit., No. 677.

(٣) عدل عليا: ١٩٦٧/٢/٢٢، مجلة نقابة المحامين، ١٩٦٧، ص٢٩ . ١.

(٤) عدل عليا: ٧٣/٦٢.

العدل العليا« إن الجهة المختصة بمنح رخص المهن وهي أمين العاصمة تعتبر هي المختصة أيضاً بتجديد الرخص على اعتبار أن التجديد له حكم الترخيص الأساسي»[1]، «وحيث أن المرجع في تعيين المستدعي هو أمين عام سلطة المياه فإنه هو المرجع في عزله وبذلك فإن القرار المشكو منه يكون صادراً عن المرجع المختص»[2].

المبحث الثالث
ضرورة انفراد صاحب الاختصاص بمباشرة الاختصاصات المنوطة به بمفرده

يعد الاختصاص الوظيفي كما رأينا آنفاً شخصياً بحيث يتعين على صاحب الاختصاص أن يمارس الاختصاصات والصلاحيات المنوطة به بمفرده، فلا يملك أن يتنازل عنها أو يفوضها إلى غيره إلا بنص تشريعي صريح.وآية ذلك أن الاختصاص الوظيفي ليس حقاً شخصياً مقرراً لصالح الموظف، بل إنه التزام قانوني يتوجب أن يمارسه بنفسه وحسبما نص عليه القانون، كما يتعين على صاحب الاختصاص أن يمارس الاختصاصات المنوطة به بمفرده دون مشاركة من أي جهة كانت.

وبناءً عليه يكون القرار الإداري الصادر مشوباً بعيب عدم الاختصاص بصورة خفية وغير مباشرة في الحالات التالية:

---

(١) عدل عليا: ٢٢/٥/٩٨٠، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٠، ص١٤٨٩. وعدل عليا: ١٣/٩/١٩٥٥، مجلة نقابة المحامين ١٩٥٥،ص٤٩٣.

(٢) عدل عليا: ٣٠/١٢/١٩٩٣، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٤، ص٦٧٩.

أولاً: انفراد أحد صاحبي الاختصاص المشترك بإصدار القرار:

يعهد المشرع في بعض الأحيان بصلاحية اتخاذ قرار إداري معين إلى اثنين أو عدة موظفين. ومن أمثلتها المادة (٦٥) من نظام الخدمة المدنية الأردني رقم (١) لسنة ١٩٨٨ التي تنص « ينقل الموظف من الفئة الأولى من دائرة إلى أخرى بقرار من وزيري الدائرتين. وينقل الموظف في كل من الفئات الثانية والثالثة والرابعة من دائرة إلى أخرى بقرار من وزيريها بناءً على تنسيب الأمين العام في كل من الدائرتين». وكذلك المادة (٦٩) من نظام الخدمة المدنية نفسه التي تنص «ينتدب الموظف في الفئة الأولى للعمل في دائرة أخرى بقرار من وزيري الدائرتين. وينتدب الموظف في أي من الفئات الثانية والثالثة والرابعة للعمل في دائرة أخرى بقرار من وزيري الدائرتين بناءً على تنسيب الأمين العام في كل منهما».

لا شك أن الطبيعة الشخصية للاختصاص الوظيفي تقتضي أن يشترك صاحبا الاختصاص معاً في ممارسة هذا الاختصاص المشترك وإصدار القرار، بحيث يأتي القرار تعبيراً عن إرادتهما معاً. لهذا يؤدي انفراد أحدهما بممارسة هذا الاختصاص المشترك إلى عدم مشروعية القرار الصادر من حيث الاختصاص. فغياب توقيع أحد صاحبي الاختصاص المشترك عن القرار المتخذ يجعله مشوباً بعيب عدم الاختصاص، وبذا يلغى القرار الصادر لعدم الاختصاص وليس لعيب في الشكل[1].

ولايجوز الخلط بين الاختصاص المشترك والحالات التي يعهد فيها بصلاحية اتخاذ القرار إلى موظف فرد أو جهة إدارية معينة، لكنه يتطلب موافقة جهة إدارية أخرى عليه. وآية ذلك أن هذه الموافقة لاتخول الموظف

(١) C.E: 27/11/1965, Rec, p.630-16/1/1976, A.J.D.A, 1976, p.94.

المختص بها الاشتراك في إصدار القرار، بل هي مجرد نوع من الرقابة الإدارية التي تمارسها جهة معينة على أعمال جهة أخرى. لهذا لايتطلب القضاء الإداري لمشروعية القرار (من حيث الاختصاص) توقيعه من تلك الجهتين[1]، بل يتحقق فقط من أن الجهة الإدارية الأخرى قد وافقت بالفعل على القرار[2].

ثانياً: اشتراك هيئة جماعية مع صاحب الاختصاص في إصدار القرار:

يتعين على صاحب الاختصاص الوظيفي الانفراد بمباشرة الاختصاصات والصلاحيات المنوطة به، وبذا يكون القرار مشوباً بعيب عدم الاختصاص إذا اعتدت هيئة جماعية على اختصاص موظف فرد حتى لو شارك هذا الأخير في الاجتماع ووافق على القرار المتخذ. فقد قضت محكمة العدل العليا «أن الجهة المختصة بإصدار القرار بالاستغناء عن خدمات الموظف غير المصنف في البلدية هو رئيس البلدية بموافقة الحاكم الإداري وليس المجلس البلدي. إن القرار الصادر عن جهة غير مختصة لا يصبح صحيحاً بمجرد اشتراك الجهة المختصة مع الجهة غير المختصة في إصداره، بل يجب لصحة القرار أن يصدر إنشائياً من الجهة المختصة وحدها»[3]. لهذا يعتبر مشوباً بعيب عدم الاختصاص اعتداء لجنة شؤون الموظفين في مؤسسة الإذاعة والتلفزيون على اختصاص المدير العام[4]. وبينت محكمة العدل العليا الأساس القانوني لهذا الاجتهاد القضائي، والحكمة من اعتبار

---

(١) Andre' Le Grand. l'incompe'tence. in repertoire de conentieux administratif.

(٢) C.E: 21/10/1966, Rec, p. 559 - 27/1/1967, R.D.P, 1967, p. 781.

(٣) عدل عليا: ٥/٣/١٩٧٢، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٢، ص٣١٧.

(٤) عدل عليا: ٢٠/٣/١٩٨٨، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٩، ص٦٣٢.

هذه القرارات مشـوبة بعيب عدم الاختصـاص. فقد وردت التعبيـرات التالية في حكمـها الصـادر في ٢ / ٥ / ١٩٧٨ «أما كـون رئيس البلدية قـد اشتـرك مع أعضـاء المجلس البلدي في إصـدار القرار فـلا يغيـر من الأمر شـيئـاً ذلك لأن تحـديد الاختـصـاص هو من عمل المشـرع، فـالمشرع إذا عـهـد إلى فرد مـعين باختصاص ما فيجب عليه أن يمارس هذا الاختصاص دون مشاركة أحد، فإذا اشترك معه غيره في إصـداره فإن من شان ذلك إبطال القرار، إذ قد يكون لهذه المشاركة أثرها في اتجاه الرأي»[1].

ولاشك أن الاجـتهـاد القضـائي السابق ينـم عن فهم عـميق للطبـيعـة الشخـصية للاخـتصاص الوظـيفي وضرورة انفـراد صاحب الاختـصاص بمباشرة الصلاحـيات والاختصاصات المنوطة به بمفـرده دون مشاركة من أي جهة كـانت لما تنطوي عليه هذه المشاركة مـن آثار في اتجاه رأي صاحب الاختـصاص. لهـذا يجب أن يكون القـرار الصادر تعـبيراً عن إرادة صـاحب الاختصاص بمفـرده، فيعرف القرار بانه« إفصـاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتـضى القوانين والأنظمة بقصد إحـداث أثر قانوني معين متى كـان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً وأن يكون البـاعث على إصداره استيـفاء مصلحة عامة»[2]، كما أن مشاركة غـير المختص في إصدار القرار يمثل تعديلاً لقـواعد توزيع الاخـتصـاصات التي وزعـها المشـرع بين الموظفين والجهـات الإدارية بدقة، وهو تعديل باطـل وغير مشروع ومخـالف للنظام العام ويملك القضاء الإداري إثارته من تلقاء نفسه وفي أي مرحلة تكون عليها الدعوى.

---

(١) عدل عليا: ٢/٥/١٩٧٨، مجلة نقابة المحامين، ص٨١٥.

(٢) عدل عليا: ١٥/٦/١٩٧٨، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٨، ص٩٧٠. وعدل عليا: ٣١/٦/١٩٨٠، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٠، ص٥٩٥. وتمييز حقوق، ٣٠/٦/١٩٧٦، مجلة نقابة المحايمن ١٩٧٧، ص٩٨٢.

ثالثا: ارتكان صاحب الاختصاص الوظيفي إلى التنسيب أو التوصية المقدمة:

يتطلب القانون لإصدار العديد من القرارات الإدارية استيفاء العديد من الإجراءات الإدارية، بحيث ياتي القرار الإداري كثمرة أو كنتيجة لاستيفاء تلك السلسلة الطويلة من الإجراءات الإدارية. فيتطلب المشرع الأردني لإصدار العديد من القرارات تقديم تنسيب من جهة إدارية أخرى غير الجهة المختصة بإصداره قانوناً، لهذا تعتبر التنسيبات المقدمة إجراءات إعدادية غير قابلة للطعن استقلالاً عن القرار النهائي(1)، فقد قضت محكمة العدل العيا« وحيث أن التنسيب لايعتبر قراراً بالمعنى المفهوم قانوناً للقرار الإداري. ولهذا نقرر رد الدعوى عن المتصرف لعدم صدور قرار منه»(2).

وتتولى محكمة العدل العليا تكييف الإجراء المتخذ بغية تحديد مدى قابليته للطعن بدعوى تجاوز حدود السلطة. فقد قضت «يتبين مما ذكر أن مدير الأراضي لم يصدر قراراً إدارياً ولم يحدث مركزاً قانونياً وأن دوره هو تقديم المعلومات المتوفرة لديه إلى قاضي التسوية لينظر بطلب التصحيح وإن كتاب مدير الأراضي لم يعدل المراكز القانونية وهو بمقام التنسيب وقد استقر اجتهاد محكمتنا على أن التنسيب لايعتبر قراراً إدارياً قابلاً للطعن لدى محكمة العدل العليا»(3). وقضت في حكم آخر«وحيث أن ماورد في

---

(1) في موضوع التنسيب الإداري انظر المراجع التالية:

- R. Houstiou: pre'ude et formes de l'act adminstratif unilate'ral en droit franscais, paris, L.G.D.J, 1975, p. 25 etc.
- J. Auby: le re'gime juridique des avis dans la proce'dure consultative, A.J.D.A, 1956, p. 53.

(2) عدل عليا: ٢١/٣/١٩٧٨، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٨، ص٥١٣.

(3) عدل عليا: ١٣/٥/١٩٧٨، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٨، ص٨٣١.

كـتــاب وزير الزراعـة المؤرخ في ٢٧/٢/١٩٧٣ هـو أنه (ينسب بيع قـطعـة الأرض الحرجية إلى المدعين ويرجو الموافقة علي عرض الموضوع على مجلس الوزراء ليتخذ قراره المقتضى). فإن ماورد في الكتاب ليس قراراً إدارياً نهائياً قابلاً للطعن وإنما هو مجرد تنسيب من الوزير»[١].

ويمثل التنسـيب الإداري منح مـوظف أو جـهة إدارية حـق مبـادرة بدء إجراءات إعداد القرار الإداري فقط. فـإذا كانت تلك الجهة تملك حق المبادرة في بدء الإجراءات، فلا تملك أية صـلاحية تقريرية، أي لاتسـهم في اتخاذ القرار، فيحتفظ صـاحب الاختصاص بصلاحيته كـاملة في اتخاذ القرار وفي تحديد مضمونه. لهذا قررت محكمة العـدل العليا اعتبار القرار الإداري الصادر دون وجود تنسـيب مسـبق مشوباً بـعيب الإجراءات. فـقد قضـت «وحيث أنه إذا فرض المشرع على الإدارة قبل إصـدار قرار مـعين القيـام بإجراءات تمهـيدية فيتعين على الإدارة اتمامها قبل إصـدار القرار وإن هي أغفلتها عُدَّ قرارها باطلاً وحقيـقاً بالإلغاء. بناءً عليـه يكون الوزير قد خالف القانون بإصـداره القرار المشكو منه بدون تنسـيب وبدون الاستئناس برأي الاتحـاد المختص وبدون أن يبلغه عن عزمه على حل النادي قبل حله بشهر»[٢].

ويرمي المشرع من وجود التنسـيب قبل إصدار القرار إيجاد جـهة أخرى بجانب صاحب الاختصاص ليستعين برأيها ومشورتها في الوصول إلى قرار يحقق الصالح العـام ويضمن سلامة تطبيق القـانون. وفي هذا الشأن قضت

---

(١) عدل عليا: ١٦/٤/١٩٧٤، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٤، ص٨٠٤. وعدل عليا: ٢٨/٣/١٩٩٠، مجلة نقابة المحامين ١٩٩١، ص١٠٤٩.

(٢) عدل عليا: ١٣/٧/١٩٨٥، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٥، ص١٧١٢. عدل عليا: ٣١/١٢/١٩٨٨، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٩، ص٣٦٨. وعدل عليا: ١٣/١٢/١٩٦٢، مجلة نقابة المحامين ١٩٦٣، ص١٤٠.

محكمة العدل العليا» من هذا النص يتضح أنه لايجوز لرئيس الوزراء أن يتخذ قراراً في الموضوع قبل أن يتقدم وزير المالية بتنسيب في هذا الشأن لا فارق في ذلك بين أن يكون هذا التنسيب ملزماً أو غير ملزم. ذلك لأن هذا التنسيب أمر جوهري يترتب على إغفاله إهدار الضمانات التي كفلها القانون من إيجاد سلطة بجانب رئيس الوزراء ليستعين برأيها ومشورتها في الوصول إلى قرار يحقق الصالح العام ويضمن سلامة تطبيق القانون[1].

ويتضح أن التنسيب الإداري مجرد شكلية إجرائية لازمة لمشروعية القرار الإداري الصادر كما أنه يمثل حق مبادرة عهد بها إلى جهة أخرى غير صاحب الاختصاص، فتقرر الجهة المختصة بالتنسيب وقت البدء باتخاذ القرار من خلال تقديمها للتنسيب، وبذا تضيق من الصلاحية التقديرية التي يتمتع بها صاحب الاختصاص، لكنه لايلغيها. وعليه يتمتع صاحب الاختصاص بصلاحية إصدار القرار كاملة غير منقوصة، فهو الممارس لصلاحية التقرير دون أي مشاركة من الجهة التي قدمت التنسيب. لهذا يتعين أن يكون القرار المتخذ تعبيراً عن إرادته فقط، وبذا يُعد القرار الصادر مشوباً بعيب عدم الاختصاص إذا ارتكن صاحب الاختصاص القانوني إلى التنسيب المقدم واعتمده كما هو دون نقاش وبلا مجادلة في مضمونه. هكذا يجسد القرار المتخذ إرادة الجهة التي نسبت وليس إرادة الجهة التي أصدرت، وبذا يختلف المصدر الحقيقي للقرار عن صاحب الاختصاص القانوني.

وباستقراء قضاء محكمة العدل العليا نلاحظ أنها حاولت في حكم صادر عن الهيئة العامة بتاريخ ١٤/٧/١٩٩٣ التفريق بين المصدر الحقيقي للقرار وبين صاحب الاختصاص القانوني، لكنها لم تستخلص النتيجة

---

(١) عدل عليا: ١٩/٦/١٩٥٦، مجلة نقابة المحامين ١٩٥٦، ص٤٠٧.

المنطقية لتلك التفرقة، وهي (كون القرار مشوب بعيب عدم الاختصاص) ولم ترتبها، إذا أنها الغت القرار المطعون فيه بعيب مخالفة القانون، فقد وردت التعبيرات التالية في الحكم المشار إليه آنفاً«جرى قضاء محكمة العدل العليا على الحكم بالغاء قرار الإحالة على التقاعد الصادر عن مجلس الوزراء بناءً على مجرد تنسيب الوزير المختص عندما يظهر لها أن المجلس قد ارتكن على تنسيب الوزير استناداً إلى المقولة بأن الوزير أعرف من غيره من الوزراء بموظفي وزارته، فقناعة الوزير المختص لاتقوم مقام مجلس الوزراء بإحالة الموظف على التقاعد[1].

ويعد القرار مشوباً بعيب عدم الاختصاص إذا ارتكن صاحب الاختصاص إلى توصية قدمها موظف أو جهة إدارية أخرى. فقد يمنح المشرع جهات إدارية معينة صلاحية إبداء توصيات أو تقديم اقتراحات معينة، فلا يجوز الطعن بهذه التوصيات أو الاقتراحات لعدم توافر صفات القرار القابل للطعن فيها، فقد قضت محكمة العدل العليا:«إن قرار لجنة السير المركزية هو القرار التنفيذي الذي يجوز الطعن به، أمام قرارات اللجان الفرعية فهي مجرد توصيات لاترقى إلى مرتبة القرار الإداري التنفيذي ولايجوز الطعن بها»[2]. وقضت في حكم آخر «أما فيما يتعلق بقرار لجنتي السير المستدعى ضدهما فبما أن ماصدر عنهما هو مجرد توصية لسلطة الترخيص لمنع تصريح. وحيث أن التوصية لاتعتبر قراراً تنفيذياً قابلاً للطعن، فإن الدعوى بالطعن بتوصية اللجنتين تكون حقيقة بالرد أيضاً»[3].

---

(١) عدل عليا: ١٤/٧/١٩٩٣، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٣، ص١٨٦٦.

(٢) عدل عليا: ٩/٧/١٩٨١، مجلة نقابة المحامين ١٩٨١، ص١٦٨٥.

(٣) عدل عليا: ١٥/٣/١٩٨٣، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٣، ص٦٤٥.

كما لايجوز الطعن أيضاً بالاقتراحات والرغبات. فقد قضت محكمة العدل العليا«فإن ما ورد في كتاب المستدعي ضده الثالث وزير الشؤون البلدية والقروية..... من وجوب بيع الفضلة للمستدعية وجارتها وبحالة عدم الاتفاق على ذلك يجري تثبيت الأرض كطريق.. لايرقى إلى مرتبة القرار لأنه مجرد اقتراح أو رغبة لاتؤثر في مركز المستدعية القانوني»[1]. وقضت في حكم آخر «لايرقى إلى درجة القرار بالمعنى المفهوم بالقانون القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس التعليم العالي والذي ينص على (تكليف وزارة التعليم العالي باتخاذ الإجراءات اللازمة لعدم المصادقة والمعادلة لشهادة الطالب الأردني الذي يدرس بالخارج إذا لم يكن قد حصل في الثانوية العامة أو مايعادلها على المعدل المقبول لدراسة تخصصه في الجامعات الأردنية اعتباراً من العام الدراسي (٨٧-١٩٨٨) وإنما يعتبر من قبيل الاقتراحات والتوصيات والتوجيهات التي يتولاها مجلس التعليم العالي بمقتضى المادة (٨/ب) من قانون التعليم العالي رقم (٢٨) لسنة ١٩٨٥)»[2].

وباستقرار قضاء محكمة العدل العليا الأردنية نلاحظ أنها أقرت في عدة مجالات بعدم مشروعية القرارات الإدارية الصادرة لاعتماد مصدريها لتوصية المخابرات العامة، لكنها ألغتها لعيب مخالفة القانون دون أن تكلف نفسها عناء البحث عن مصدرها الحقيقي.

فلقد قررت في مجال التعيين في الوظائف العامة عدم مشروعية قرار الإدارة المعتمد على توصية المخابرات العامة. فقد قضت« نجد أن المستدعي

(١) عدل عليا: ١٩٨٦/٣/٢٦، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٦، ص٩٢٥. وبذات المعنى عدل عليا: ١٩٨٩/١/٨، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٩، ص٢٣٧٧.

(٢) عدل عليا: ١٩٨٨/٥/٢٦، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٩، ص١٦٢٥.

ضده وزير التربية والتعليم قرر بتاريخ ١٩٨٧/٧/٥ تعيين المستعدي بوظيفة مهندس على حساب مخصصات المشاريع للعمل كمهندس مقيم لمشاريع محافظة العاصمة اعتباراً من ١٩٨٧/٧/٥ إلا أنه عاد وقرر إلغاء التعيين بتاريخ ١٩٨٧/٧/٢٢ بحجة عدم موافقة المخابرات العامة على هذا التعيين. ونحن نرى أنه لايوجد نص في نظام الخدمة المدنية يقضي بلزوم موافقة المخابرات العامة على تعيين الموظفين العامين في الدولة ذلك أن وظيفة المخابرات العامة قد حددها قانونها رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٤ وليس من عداد وظائفها الموافقة على تعيين الموظفين العامين ولهذا يكون القرار المطعون فيه (إلغاء تعيين المستدعي) مخالفاً للقانون»[1].

واتبعت محكمة العدل العليا النهج نفسه إزاء قرارات إعادة التعيين. فقد قضت «ثبت لدينا من كتاب وزير التربية والتعليم المؤرخ في ١٣٩٧/٨/١ الموافق ١٩٧٧/٧/١٧ الموجه إلى رئيس النيابة العامة بأن وزارة التربية والتعليم لاتمانع في إعادة المستدعي إلى وظيفته إلا أن عدم موافقة مديرية المخابرات العامة هي التي حالت دون إعادته. ولما كانت المادة (١٤٨) من نظام الخدمة المدنية تنص على أن يعتبر الموظف فاقداً لوظيفته مالم توجد أسباب مبررة يقنع بها مجلس الوزراء أو الوزير المختص. وحيث أن الوزير المختص مقتنع بمعذرة المستدعي إلا أنه لم يتمكن من إعادته إلى وظيفته بسبب أن مديرية المخابرات العامة لم توافق على ذلك. وحيث أن موافقة مديرية المخابرات العامة لاتعتبر مبرراً لرفض إعادة المستدعي إلى وظيفته مادام قد ثبت أن تغيبه كان لعذر وبسبب لايد له فيه. ولذلك يكون استناد وزير التربية والتعليم إلى رأي مدير المخابرات العامة في رفض إعادة المستدعي لوظيفته لايستند إلى أساس قانوني سليم، ذلك لأن نظام الخدمة

(١) عدل عليا: ١٩٨٨/٤/٢٦، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٨، ص١٥٢٩.

المدنية لايعتبر الموظف فاقداً لوظيفته إذا كان غيابه لأسباب مقبولة. وعليه ولما كان قرار وزير التربية والتعليم مخالفاً للمادة (١٤٨) من نظام الخدمة المدنية فإننا نقرر إلغاءه»[1].

واتخذت محكمة العدل العليا الموقف نفسه إزاء قرارات رفض إعطاء الأفراد الأردنيين جوازات سفر أو تجديدها. فقد قضت«نجد أن المستدعي ضده مدير الجوازات العامة رفض بقراره طلب المستدعية الحصول على جواز سفر أردني بداعي أن الجهات الأمنية أوصت بعدم الموافقة على منحها الجواز المذكور. ولدى الرجوع إلى قانون جوازات السفر رقم (٢) لسنة ١٩٦٩ نجد أن المادة الثالثة منه تنص على أن جوازات السفر الأردنية تعطى لطالبيها من الأردنيين الثابتة جنسيتهم أصلاً وبعد حصولهم على شهادة الجنسية أو التجنس... وعليه فيكون رفض المستدعى ضده منح المستدعية جواز سفر أردني بداعي أن الجهات الأمنية أوصت بعدم الموافقة علي منحها لجواز السفر مخالفاً للقانون»[2]. وقضت في حكم آخر «نجد أن المستدعي يطعن في القرار الصادر عن المستدعى ضده مدير الجوازات العامة المتضمن رفض تجديد جواز سفر المستدعي بحجة أن مديرية المخابرات العامة أوصت بعدم الموافقة على ذلك. ونحن نرى أنه ثابت من وقائع هذه الدعوى أن المستدعي أردني الجنسية ويحمل جواز سفر أردني والمادة السادسة من قانون جوازات السفر رقم (٢) لسنة ١٩٦٩ تنص على أن مديرية الجوازات العامة هي الجهة المختصة بإصدار جوازات السفر الأردنية كما وأن المادة الثالثة من القانون المذكور تنص على أن جوازات السفر الأردنية تعطى لطالبيها من المواطنين

(١) عدل عليا: ١٩٧٧/٩/١٠، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٨، ص١٣٨٨.

(٢) عدل عليا" ١٩٨٧/٣/٢٥، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٨، ص٦٢٤. وعدل عليا، ١٩٨٢/٨/٧، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٢، ص١٣٥٨.

الأردنيين الثابتة جنسيتهم فـإن من حق المستدعي استناداً إلى المادة المذكورة أن يحصل على جواز سفر دون أن يعلق هذا الحق على موافقة أية جهة أخرى. وعليه فإن توصية الجهة الأمنية بأن لايعطى المستدعي حق تجديد جوازه لايؤثر على حق المستدعي بالحصول على جواز سفر أردني، وبالتالي حق تجديده عند انتهاء مدته ولاتملك دائرة المخابرات العامة حق منح جواز السفر الأردني أو رفض منحه، وبالتالي حق تجديده لأن المرجع المختص في ذلك هي مديرية الجوازات العامة فحسب بمقتضي المادة السادسة من قانون جوازات السفر السالفة الذكر... وعليه نقرر إلغاء القرار موضوع الطعن»[1].

هكذا يتضح أن المحكمة الإدارية الأردنية قد أقرت صراحة وبصورة واضحة لا لبس فيها أو غموض بأن القرارات الصادرة عن الإدارة لاعتماد مصدرها لتوصية المخابرات العامة بالرفض غير مشروعة ومخالفة للقانون. لكنها لم تبحث عن المصدر الحقيقي للقرار (مدير المخابرات العامة) رغم أن صياغة بعض أحكامها توحي بأنها ستتوصل إلى هذه النتيجة. كما أن المقدمات التي وضعتها لتقدير مشروعية القرارات المطعون بها توصلها لتلك النتيجة. لهذا نقول من جانبنا بأن قرارات الرفض الصادرة كانت مشوبة بعيب عدم الاختصاص؛ إذ أنها لم تعبر عن إرادة مصدريها الذاتية، بل كانت تعبيراً عن إرادة مدير المخابرات العامة غير المختص باتخاذها، فقد جسدت هذه القرارات إرادة المخابرات العامة وليس إرادة صاحب الاختصاص، وبذا اقتصر دور هؤلاء على اعتماد التوصية المقدمة كماهي. وعليه أضفوا بإصدارهم قرارات الرفض مشروعية زائفة على قرارات لم يسهموا حقاً في اتخاذها ولم تعبر عن إرادتهم.

(١) عدل عليا: ١٩٨٨/٣/٨، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٨، ص١٢٢٧.

رابعاً: القرارات المتخذة بناءً على أوامر صادرة من سلطة إدارية أخرى:

تبنى الإدارة العامة وتنظم على شكل هرم أو سلم إداري متصاعد الدرجات، فيرتب موظفوها في سلسلة دائرية متصاعدة المستويات، وبذا يلتزم موظفوا المستويات الدنيا بتفنيذ مهماتهم ومسؤولياتهم وواجباتهم الوظيفية وفق الأحكام القانونية المعمول بها وفي ضوء التعليمات الصادرة إليهم من رؤسائهم في المستويات العليا. ولهذا يلتزم موظفوا المستويات الدنيا باحترام القانون وطاعة رؤسائهم وتنفيذ أوامرهم في المجال الإداري محل تخصص الإدارة التي ينتمون إليها.

ومن هذا المنطلق يرى الأستاذ Bonnard أن موظفي الإدارة العامة في ظل نظام التركيز الإداري يشكلون هرماً إدارياً يتمثل توزيعه على شكل سلسلة من المستويات المتتابعة والمتلاحقة، بحيث تتبع كل واحدة منها الأخرى، وتتابع درجات هذه المستويات بالتدرج المتصاعد حتى تصل إلى الرئيس الإداري الأعلى[1]، ويقتضي مفهوم التبعية الإدارية أن يكون الموظف العام مرتبطاً بالرئيس الإداري الأعلى ومسؤولاً أمامه عن تنفيذ المهمات والواجبات الوظيفية المنوطة به، بحيث لا يجوز للمرؤوس تخطي رئيسه الأعلى، بل يتعين عليه دوماً الاتصال برئيسه فقط وتلقي تعليماته وأوامره وتنفيذها. فالرئيس الإداري الأعلى هو المسؤول عن أعمال مرؤوسيه والمشرف الأول على تنفيذ واجباتهم ومهماتهم الوظيفية الأساسية.

وبالنظر لأهمية مكانة الرئيس الإداري الأعلى في الهرم الإداري تقرر للرئيس سلطة رئاسية على مرؤوسيه وأعمالهم، وتتكون سلطته الرئاسية وفق التقسيم التقليدي الذي وضع أسسه (Eisenmann) من سلطة إدارة

---

(١) R.Bonnard: precis dedroit administratif, paris, 1943,p.312.

وتوجيه وسلطة رقابة تسمح للرئيس بفرض إرادته على مرؤوسيه[1]. هكذا تتكون السلطة الرئاسية من عنصرين أساسيين هما: سلطة توجيه العمل الإداري التي تتمثل في تسيير عمل المرؤوسين وإدارته عن طريق إصدار الأوامر الإدارية إليهم لتوضيح وبيان كيفية القيام بالعمل الإداري المنوط بهم وتنفيذه، وسلطة رقابية رئاسية على القرارات الإدارية التي يتخذها ويصدرها هؤلاء المرؤوسون لضمان مشروعيتها وعدم مخالفتها للقواعد القانونية القائمة والسارية المفعول.

ومهما بلغ مدى السلطة الرئاسية التي يتمتع بها الرؤساء الإداريون ونطاقها، فلا تخولهم صلاحية الحلول محل مرؤوسيهم لممارسة الصلاحيات والاختصاصات التي يستمدها هؤلاء المرؤوسين من القانون مباشرة. وعليه يتعين على المرؤوس أن ينفرد بمباشرة تلك الصلاحيات والاختصاصات لوحده وإلا عد القرار الصادر مشوباً بعيب عدم الاختصاص. كما يعد القرار المتخذ بناءً على أمر صادر من سلطة رئاسية عليا مشوباً بعيب عدم الاختصاص. هكذا يتعين على القضاء الإداري البحث عن المصدر الحقيقي للقرار الإداري وعدم الاكتفاء بالمظاهر الخارجية التي تتجمع في القرار المطعون فيه لاسيما التوقيع . فالتوقيع على القرار الإداري ليس إلا مجرد إشارة مادية توضع على القرار الإداري، بل إنه في الغالب شرط أساسي لوجوده القانوني وتحديد مصدره، وبذا يعد القرار غير الموقع مجرد مشروع قرار، وليس عملاً قانونياً نهائياً، فلن يكتسب صفته القانونية إلا بعد توقيعه. هكذا يتجرد القرار غير الموقع من وجوده القانوني حتى لو أظهر صاحب الاختصاص نية صريحة وقاطعة في إصداره، فالتوقيع وحده هو الذي يمنح مشروع القرار الحياة القانونية، ويمنحه وجوده القانوني. فضلاً عن أهميته

(١) Ch. Eisenmann: centralisation et deentralisation, paris, 1947, p. 20.

في تحديد مصدره. فالأمر يتعلق بقواعد توزيع الاختصاص وليس بقواعد الشكل[1]، لهذا يُعد التوقيع على القرار دليلاً للتعبير عن إرادة مصدره والذي تتمثل فيه السلطة الإدارية بصورة صريحة وموافقة منها على العمل[2].

فإذا تجمعت للقرار الإداري الموقع من صاحب الاختصاص جميع مظاهر القرار السليم، يملك القضاء الإداري رغم ذلك البحث عن مصدره الحقيقي في حالة مخاصمته قضائياً. ويستهدف هذا البحث القضائي التاكد من أن الموقع على القرار هو مصدره الحقيقي وأن القرار تعبيراً عن إرادته وحده. لهذا يُعد القرار مشوباً بعيب عدم الاختصاص إذا تبين للقضاء أن صاحب الاختصاص اتخذ القرار المطعون فيه بناءً على أمر صادر من سلطة عليا غير مختصة. فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن «يتبين من الظروف المحيطة باتخاذ القرار أن دور صاحب الاختصاص اقتصر على تنفيذ التعليمات التي تلقاها من المحافظ والتي تضمنتها رسالته المؤرخة في ٢٧/٦/١٩٥٨ والتي اعتقد بأنه ملزم بها... وبذا يعتبر كانه تصرف باسم المحافظ وتحت رقابته في مجال خارج نطاق اختصاصه»[3].

وطبقت المحكمة الإدارية في مدينة مرسيليا هذا الاجتهاد القضائي في قضية (choux) التي تدور وقائعها في ضياع شهادات البكالوريا من مرفق التعليم الثانوي في مدينه مرسيليا، ارتاى وزير التربية والتعليم بعد بحث الموضوع إعفاء مدير مرفق البكالوريا السيد(choux) من وظيفته، وطلب من رئيس أكاديمية Aix إصدار قرار بهذا الشان، فقام هذا الأخير بإصدار القرار

(١) p. Delvolve': op. cit., p. 187.

(٢) الدكتور الديداموني مصطفى محمد، المرجع السابق، ص٣٠٦.

(٣) C.E: 4/4/1962, Rec, p. 243. cite' P.R. Houstiou: op. cit.

المطلوب وتوقيعه إلا أن المحكمة الإدارية قررت اعتبار القرار المطعون فيه مشوباً بعيب عدم الاختصاص لتوقيعه من موظف غير مختص رغم أن رئيس أكاديمية Aix هو صاحب الصلاحية في إصداره، لأنه اتخذ هذا القرار بناءً على تعليمات صدرت من سلطة إدارية عليا غير مختصة[1].

وبناءً عليه يفرق القضاء الإداري الفرنسي بين صاحب الاختصاص (الموقع على القرار) وبين المصدر الحقيقي له، وبذا يُعد القرار مشوباً بعيب عدم الاختصاص حتى لو تضمن توقيع الموظف المختص قانوناً. هكذا لم يتوقف القضاء الإداري عند المظاهر الخارجية للقرار، بل تعمق في بحثه عن المصدر الحقيقي للقرار، وبذل مجهوداً كبيراً لتحديده.

ولاشك أن هذا الاجتهاد القضائي سليم ومنطقي وينم عن فهم عميق لمقتضيات مبدأ المشروعية الذي يحكم جميع أعمال الإدارة العامة. وعلة ذلك أن القرار الموقع من صاحب الاختصاص فقط لايعبر عن إرادته باعتباره صاحب الاختصاص القانوني، بل يعبر عن إرادة موظف أو جهة أخرى غير مختصة، كما أنه يخالف الطبيعة الشخصية للاختصاص لانطوائه على تنازل وتخلي خفي ومستتر عن ممارسة الاختصاص القانوني إلى شخص أو جهة أخرى؛ وبذا يمثل تعديل غير مشروع لقواعد توزيع الاختصاص. وينسجم هذا الاجتهاد القضائي أيضاً مع السلطة الرئاسية التي يتمتع بها الرؤساء الإداريون على أعمال مرؤوسيهم. فإذا كانت تلك السلطة الرئاسية تخول الرئيس الإداري الأعلى صلاحية رقابة مشروعية قرارات مرؤوسيه،

---

(١) R.A. de Marseille, 27/4/1966, A.J.D.A, 1966, p. 517, note. Gue'rin, cite'. R.Houstiou: op. cit., p. 214.

ومشار إليه أيضاً في مؤلف الدكتور الديداموني، المرجع السابق، ص٢٠٨.

وسحب وإلغاء وتصحيح القرارات غير المشروعة، فلا تخوله الحلول محلهم لمباشرة الاختصاصات والصلاحيات التي يستمدونها من القانون مباشرة[1] فاقتصار دور المرؤوس على توقيع قرار الرئيس الإداري الأعلى إصداره وحدد مضمونه يعد من الناحية الحقيقية حلول مستتر غير مشروع.

وحاولت محكمة العدل العليا في بعض أحكامها تحديد الدور الحقيقي لصاحب التوقيع المثبت على القرار. فقد قضت «يتبين فيما يتعلق بالدفع بعدم الاختصاص أن القرار المطعون به لم يكن صادراً عن مدير دائرة الصيدلة كما يدعي المستدعي وإنما هو صادر عن وزير الصحة كما هو ثابت من عبارة (يجاب بالرفض) المدونة بذيل الاستدعاء المقدم من المستدعى إليه بتاريخ ١٩٧٥/٣/٣٠ المسلسل (٣٢). وحيث أن الزير هو المختص بإصدار مثل هذا القرار بمقتضى المادة (٢٥) من قانون مزاولة مهنة الصيدلة رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٢، فإن الدفع بعدم الاختصاص يكون غير وارد. أما كون مدير دائرة الصيدلة هو الذي وقع الكتاب الموجه للمستدعية بتاريخ ١٩٧٥/٥/٣١ فإنه لم يوقع بصفته مديراً لدائرة الصيدلة وإما وقعه نيابة عن الوزير في هذا الشان هو دور المبلغ لقرار الوزير»[2].

خامساً: تبني صاحب الاختصاص لقرار صادر عن سلطة غير مختصة:

يعد القرار الصادر مشوباً بعيب عدم الاختصاص إذا اقتصر دور صاحب الاختصاص على تبني قرار صادر من سلطة غير مختصة، لذا يعد غير مشروع القرار الصادر من سلطة مختصة إذا تبين أن دورها اقتصر على

---

(١) C.E: 28/10/1949, D, 1950, 3, p. 303.

(٢) عدل عليا: ١٩٧٥/٩/٢١، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٦، قضية ٧٥/٦٦.

استلهامه من قرار مماثل صادر عن سلطة غير مختصة[1]. وعليه يجب أن يمارس صاحب الاختصاص الاختصاصات والصلاحيات المنوطة بهم حقيقة، فإذا ثبت أن دور السلطة المختصة اقتصر على تبني القرار الصادر من سلطة غير مختصة، وتاثر بذات الاعتبارات التي قام عليها قرار تلك السلطة فإن القرار الجديد ولاشك معيباً[2]، وهذا ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي[3].

ولاشك أن هذا الاجتهاد سليم ومنطقي وينم عن فهم حقيقي وعميق لطبيعة الاختصاص الوظيفي والغاية من إناطة صلاحية قانونية بموظف أو جهة إدارية معينة. فالطبيعة الشخصية للاختصاص الوظيفي تقتضي أن يمارس صاحب الاختصاص الصلاحيات المنوطة به وبنفسه، وأن يكون القرار الصادر تعبيراً عن إرادته وحده وتجسيداً لها. كما أن الغاية من تخويل موظف أو جهة معينة صلاحية قانونية يستلزم أن يتولى صاحب الاختصاص وبنفسه تقدير الأسباب القانونية والواقعية التي تشكل ركن السبب في القرار، فقد يختلف تقديره لهذه الأسباب عن تقدير أي جهة أخرى.

وفضلاً عن ذلك كله يحول هذا الاجتهاد القضائي دون الالتفات على قاعدة عدم جواز تصحيح القرارات المشوبة بعيب عدم الاختصاص، فالتهاون مع السلطات الإدارية يؤدي إلى قيام صاحب الاختصاص باعتماد القرارات الصادرة عن السلطات غير المختصة، وإضفاء مشروعية زائفة عليها.

---

(١) A.de laubade're: op. cit., 329.

(٢) الدكتور سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة،١٩٨٦،ص٧١٧.

(٣) C.E: 25/5/1962, Bonnec, Rev. admin, 1962, p. 281. cite', par. A. de laubade're, op. cit., p. 329.

سادساً: القرارات الصادرة بناء على توجيه السلطة المختصة بالتصديق:

تخضع بعض الأعمال الإدارية لرقابة جهة إدارية أخرى، وبذا تتمثل صلاحية هذه الجهة في تصديق أو عدم تصديق العمل فقط. وعليه يُعد مشوباً بعيب عدم الاختصاص القرار الوزاري بإحالة العطاء على مناقص آخر والطلب من صاحب الاختصاص تنظيم عقد بناء على هذا الأساس. فقد قضت محكمة العدل العليا«وحيث أن مجلس البلدية قد قرر إحالة العطاء موضوع هذه الدعوى بقراره رقم (٢٨) تاريخ ٤/٥/١٩٨١ على الشركة ورفعه لوزير الشؤون البلدية والقروية والبيئة إلا أن الوزير بدلاً من أن يوافق على القرار أو يرفضه وافق على إحالة العطاء على مناقص آخر ابتداءً وطلب من المجلس البلدي أن ينظم عقداً على هذا الأساس مع أن صلاحيته تقتصر على الموافقة على قرار الإحالة أو رفضه وليس له صلاحية الإحالة ابتداء على أي مناقص آخر وبهذه الحالة يكون قد خالف القانون»[1].

ويستفاد من الحكم السابق أن الوزير باعتباره جهة إدارية مختصة بالتصديق على قرار إحالة العطاء الذي اتخذه المجلس البلدي رفض المصادقة عليه وحدد مضمون القرار وأوعز للمجلس البلدي (صاحب الاختصاص القانوني) اتخاذه في ضوء هذا المضمون. هكذا يُعد القرار الصادر في هذه الحالة تعبيراً عن إرادة الوزير غير المختص، وليس تعبيراً عن إرادة المجلس صاحب الاختصاص القانوني. وعليه يظهر التباين واضحاً بين المصدر الحقيقي للقرار وبين صاحب الاختصاص القانوني بإصداره.

---

(١) عدل عليا: ٥/٦/١٩٨٢، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٢، ص١٠٩٤.

الخاتمة:

يتضح من خلال دراستنا السابقة أن الاختصاص الوظيفي هو عبارة عن تاهيل قانوني يتمكن بمقتضاه موظف فرد أو جهة إدارية جماعية من إجراء بعض التصرفات القانونية باسم الشخص المعنوي العام ولصالحه ونيابة عنه. ويستمد صاحب الاختصاص هذه الإجازة القانونية من عدة مصادر مختلفة لعل أهمها النص القانوني، لكنه ليس الوحيد، فبجانبه هناك التفويض والحلول والإنابة والسلطة الرئاسية وقاعدة توازي الاختصاص. لهذا يُعد القرار الصادر مشوباً بعيب عدم الاختصاص إذا فقد صاحب الاختصاص التاهيل القانوني لإصداره.

ويتميز الاختصاص الوظيفي بانه شخصي، أي يتعين على صاحب الاختصاص أن يباشر الصلاحيات القانونية بنفسه، فلا يملك أن يتنازل أو يتخلى عنها إلا بنص قانوني صريح. وعلة ذلك أن الاختصاص الوظيفي التزام قانوني ملقى على كاهل الموظف أو الجهة الإدارية وليس حقاً شخصياً، وبذا لايحق لهما تفويض أحداً بممارسته إلا بنص قانوني صريح.

وبناءً عليه لايكفي لمشروعية القرار الإداري توقيع صاحب الاختصاص عليه، بل يجب أن يكون هذا القرار تعبيراً عن إرادته بمفرده. وعليه يعد القرار مشوباً بعيب عدم الاختصاص في بعض الحالات، لعل أهمها انفراد أحد صاحبي الاختصاص المشترك باتخاذ القرار واشتراك هيئة جماعية مع صاحب الاختصاص في إصداره وارتكان مصدر القرار إلى التنسيب أو التوصية المقدمة واتخاذ القرار بناءً على أوامر صادرة وارتكان مصدر القرار إلى التنسيب أو التوصية المقدمة واتخاذ القرار بناءً على أوامر صادرة من سلطة إدارية أخرى حتى لو كانت سلطة رئاسية لصاحب الاختصاص

وأخيراً تبني صاحب الاختصاص لقرار صادر عن سلطة غير مختصة.

فمما لاشك فيه أنه تتجمع للقرار الإداري الصادر في أي من الحالات السابقة مظاهر القرار الإداري السليم، لكنها مظاهر زائفة تزول بسهولة ويسر إذا حاول القضاء الإداري تحديد المصدر الحقيقي للقرار. لهذا يتعين على القضاء الإداري وتحديداً محكمة العدل العليا عدم الاكتفاء بالمظاهر الخارجية للقرار، فيجب البحث عن مصدره الحقيقي، فكثيراً مايكون القرار الصادر تعبيراً عن إرادة جهة أخرى غير مختصة، ولم يتعدى دور صاحب الاختصاص سوى تجسيد هذه الإرادة والتوقيع على القرار، ويتجلى هذا السلوك الإداري بكثرة في إدارات دول العالم الثالث التي تهيمن فيها شخصية الرئيس على مرؤوسيه، فتصبح اللجان والمجالس الجماعية مجرد أدوات مسخرة في خدمة هؤلاء الرؤساء وتنفيذ إرادتهم. فتعبر القرارات الصادرة عن الموظفين واللجان والمجالس عن إرادة ذلك الرئيس وليس عن إرادة مصدريها، فهو في الحقيقة مصدرها الفعلي، ولاشك أن هذا السلوك الإداري غير مشروع ومضر بالمصلحة العامة ويمثل دكتاتورية إدارية تعاني الإدارة العامة في دول العالم الثالث من آثارها ونتائجها السيئة، فلن يصلح حال هذه الإدارة إلا بتوافر مجموعة من المقتضيات لعل أهمها أن يمارس صاحب الاختصاص الصلاحيات والمسؤوليات الإدارية بنفسه وفق قناعته الذاتية. وعليه يتعين على القضاء الإداري لتحقيق هذا المقتضى الجوهري أن يبحث عن المصدر الحقيقي للقرار المطعون فيه.

The role of Administrative Law in Defining the Real Source of Disputed Order

By
Dr. Ali K. Shatnawi
Faculty of Law, University of Jordan

Job authority is considered an important and fundamental factor in issuing administrative orders. No employee or other administrative party has the right to take a decision (administrative order) unless legally authorized. The researcher has chosen this topic to focus on the importance of Job Authority in issuing administrative orders.

The research is split into three topics:

1. Definition of Job Authority
2. Sources of Job Authority
3. The necessity that the authorized party performs his authorities solely.

The researcher supported his study with a number of court decisions in an attempt to link each subject with whatever is happening in real life within the Administrative Law Courts, and proving the important role of Administrative Law in defining the real source of order under dispute.

وقائع الندوات والورش
(جزء غير مُحكَم)

وقائع ندوة

« البيـان الأوروبي وحد الحرابة في الفقه الإسلامي »

والتي نظمتها

كلية الشريعة والقانون
بجامعة الإمارات العربية المتحدة

يوم الثلاثاء ٢٧ من جمادى الآخرة ١٤١٨هـ الموافق ٢٨ أكتوبر ١٩٩٧م

وقائع الندوة :

- تقديم الأستاذ الدكتور محمد المرسي زهرة
  عميد كلية الشريعة والقانون
- كلمة الأستاذ الدكتور محمد رأفت عثمان
  رئيس قسم الفقه المقارن بجامعة الأزهر
- كلمة الأستاذ سومي زيدان عطية
  القاضي بمحكمة العين الشرعية
- كلمة السيد الدكتور بطي سلطان المهيري
  مساعد العميد لشؤون البحث العلمي
- كلمة الأستاذ الدكتور هشام محمد فريد
  أستاذ القانون الجنائي بالكلية
- بيان الندوة، والذي صاغ مشروعه، الأستاذ الدكتور محمود أحمد أبوليل، أستاذ السياسة الشرعية بالكلية. وأقرته اللجنة المنظمة.

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم الأستاذ الدكتور محمد المرسي زهرة

عميد كلية الشريعة والقانون

أود - في البداية - أن أشكر السادة الأفاضل الحضور على مشاركتهم لنا هذه الندوة التي تدور حول موضوع غاية في الأهمية، كما أشكر السادة الأفاضل الذين سيتحدثون في الندوة وهم : الأستاذ الدكتور محمد رأفت عثمان، أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، الأستاذ الزائر للكلية، والأستاذ الدكتور هشام محمد فريد، أستاذ القانون الجنائي بالكلية، والدكتور بطي سلطان المهيري، مساعد عميد الكلية لشئون البحث العلمي، وفضيلة الأستاذ سومي زيدان، القاضي بمحكمة العين الشرعية.

وفي الحقيقة إن فكرة الندوة ترجع إلى صدرور بيان عن البرلمان الأوربي تعليقاً على حكم المحكمة الاتحادية العليا بتاريخ ٧ يوليو ١٩٩٧ والذي أيد فيه الحكم الصادر من محكمة استئناف العين بقتل وصلب اثنين من المتهمين حداً لارتكابهما جناية الحرابة الحدية. وقد جاء حكم المحكمة الاتحادية العليا تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء التي جعلت للإنسان الذي كرمه الله تعالى حقوقاً عديدة يأتي على رأس هذه الحقوق احترامها لكرامة الإنسان وحقه في الحياة، كما تشير إلى ذلك الكثير من النصوص الشرعية ومنها قوله صلى الله عليه وسلم: «الإنسانُ بنيان الله وملعونٌ من هَدم بنيان الله». وقد بلغ حرص الشريعة الإسلامية على حياة الإنسان أن الأمر

لم يقتصر على تحريم القتل بغير حق،وإنما حَذَّرَ المصطفى صلى الله عليه وسلم من مجرد الإشارة بالسلاح، فقد ورد في الصحيحين " لا تُشر إلى أخيك بالسلاح فإن الشيطان على رأس هذا السلاح ". وهو ما يؤكد أن الشريعة الإسلامية لا تحرم القتل فقط وإنما تحرم كل ما يؤدي إلى القتل، كما حرمت كل مايؤدي إلى الزنا. وإذاكان ذلك هو حال من يُشير لأخيه بالسلاح، فما بالنا بمن قتل نفساً بشرية وسلب مالها وعاث في الأرض فساداً؟

والواقع أنه لا خلاف على أن البرلمان الأوربي - في بادرة غير مسبوقة - قد تدخل في سيادة دولة الإمارات العربية المتحدة، وفي شئونها الداخلية ، ومس بمعتقداتنا الدينية وبالشريعة الإسلامية وبأحكام القرآن والسنة، و قد قام سمو الشيخ حمدان بن زايد آل نهيان وزير الدولة للشئون الخارجية بإبلاغ كل ذلك لسفراء الدول الأوربية، هذا فضلاً عن البيان الذي صدر عن وزارة العدل والشئون الإسلامية والأوقاف مستنكرةً فيه ما ورد في البيان الأوربي، ولكنه يجب أيضاً - حتى تكتمل الصورة - أن نقوم - كمؤسسة علمية - بمناقشة البيان الأوربي مناقشة علمية هادئة من الناحيتين الشرعية والقانونية لكي نوضح بما لا يدع مجالاً للشك مواطن الخلل والضعف في البيان المشار إليه، وذلك إيماناً من الكلية بمعايشتها مشاكل المجتمع، وقياماً بدورها في خدمة الجامعة والمجتمع.

وسيتناول الجانب الشرعي كل من : الأستاذ الدكتور محمد رأفت عثمان، والقاضي سومي زيدان. والجانب القانوني كل من: الأستاذ الدكتور هشام محمد فريد، والدكتور بطي سلطان المهيري.

بسم الله الرحمن الرحيم

حماية الإسلام للأمن العام

للأستاذ الدكتورمحمد رأفت عثمان

رئيس قسم الفقه المقارن بجامعة الأزهر - عميد كلية الشريعة والقانون بطنطا سابقاً

لاشك بأن الأحكام الشرعية التي كلفنا الله تبارك وتعالى بها تهدف كلها إلى تحقيق مصلحة الإنسان، والله عز وجل لا يناله منفعة من امتثالنا لأوامره، كما لا يناله ضرر، في عدم امتناعنا عما حرمه علينا؛ لأنه سبحانه وتعالى منزه عن الانتفاع بشيء أو التضرر من شيء، وفي هذا المعنى جاء الحديث القدسي: لو أن أولكم وآخركم وإنسكم وجنكم اجتمعوا على أتقى قلب رجل واحد، ما زاد ذلك في ملكي شيئاً ، ولو أن أولكم وآخركم وإنسكم وجنكم اجتمعوا على أفجر قلب رجل واحد ما نقص ذلك من ملكي شيئاً .

فالأحكام الشرعية - إذن - إنما قصد بها تحقيق مصالح البشر في دنياهم وآخرتهم، ابتداء من الإيمان بالله تبارك وتعالى وهو قمة التكاليف، ومروراً بالعبادات والمعاملات، وانتهاء بالعقوبات .

فالإيمان لمصلحة المجتمع البشري نفسه، فلو تصورنا مجتمعاً إنسانياً لا يؤمن بالله عز وجل فما الذي يمنع الفرد فيه من ارتكاب الجرائم بكل ألوانها وأشكالها، إن الذي يمنع الفرد في هذا المجتمع اطمئنانه إلى أن إنساناً لا يراه ، فيرتكب جريمة التعدي على حياة غيره أو عرضه، أو ماله وهو مطمئن تماماً؛ لأنه لا يوجد في نفسه إيمان بالله عز وجل، وأما الإنسان المؤمن إيماناً كاملاً فإن إيمانه الكامل يمنعه من التعدي على حقوق الآخرين، ولهذا وجدنا

رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : " الإيمان قيد الفتك " أي أن الإيمان يمنع الإنسان ويقيده فلا يعتدي على حياة الناس فيقتلهم ويفتك بهم، وهكذا نجد أن الإيمان به تبارك وتعالى لمصلحة البشر أنفسهم، وفائدته تعود عليهم هم لأن الله منزه عن المصلحة .

والعبادات أيضاً هي لمصلحة الإنسان ، فثمرة الصلاة مثلاً أنها تنهى عن الفحشاء والمنكر، ولا شك أن الذي تؤثر فيه صلاته فتنهاه عن الفحشاء والمنكر يامنه المجتمع، فلا يرى منه تعدياً على حياة الناس، أو على أعراضهم، أو على أموالهم، فالصلاة - إذن - لمصلحة الإنسان نفسه .

والصوم ثمرته بينها الله تبارك وتعالى في قوله الكريم :﴿ كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون ﴾ فالصوم يثمر التقوى، ومعنى التقوى أن يجعل الإنسان بينه وبين عذاب الله وقاية، ولا يتم هذا إلا باجتنابه ما نهى الله عنه ، وامتثاله لأمره، والإنسان الذي يمتثل لأوامر الله عز وجل ويجتنب نواهيه يامنه المجتمع فلا يحدث منه تعد على أفراده في النفس أو المال أو العرض، فالصوم - إذن - فائدته أيضاً تعود على الإنسان فرداً كان أو جماعة .

وهكذا بقية العبادات لأنها تزكي النفس وتسمو بها وتقرب صاحبها إلى الله عز وجل .

وكذلك العقوبات فائدتها تعود على المجتمع وأفراده، فهي لزجر الذي تحدثه نفسه بالتعدي على الآخرين وردعه، يؤيد هذا ويوضحه قول الله تبارك وتعالى: ﴿ ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون﴾ .

وقد شددت شريعة الإسلام في العقوبات التي تؤدي إلى حفظ أمور لابد من حفظها في أي مجتمع بشرى كامل، وهي أمور خمسة يسميها العلماء

بالضروريات الخمسة ، وهي حفظ الدين، وحفظ النفس، وحفظ النسل، وحفظ العقل، وحفظ المال ، فلا بد أن تحفظ هذه الأمور الخمسة في كل مجتمع بشري يراد له أن يكون مجتمعاً كاملاً ، وإذا اختل في مجتمع أحد هذه الأمور الخمسة كان مجتمعاً مختلاً، ولهذا فإن المجتمعات التي لا تطبق شرع الله عز وجل في العقوبات المحددة تكثر فيها الجرائم وتخل بأمن الإنسان على حياته وماله وعرضه .

ولذا وجدنا شريعة الإسلام لم تترك هذه الجرائم التي تخل بهذه الضروريات الخمسة، وهي حفظ الدين والنفس والنسل والعقل والمال، بدون عقوبات محددة، بل حددتها، ولم تجعل للحاكم أو لجماهير الشعب حرية في تحديد نوع العقوبة التي تؤدي إلى إذهاب أحد هذه الضروريات الخمسة . وهذه العقوبات هي ما تسمى في اصطلاح الفقهاء بعقوبات الحدود، أي عقوبات محددة لا سبيل إلى تغييرها بالزيادة أو النقصان أو الإبدال بعقوبة أخرى من نوعها أو مختلفة عنها. وجريمة الحرابة هي إحدى الجرائم التي تؤدي إلى الاخلال بأمن المجتمع والتعدي على حياة الناس فيه، وأعراضهم، وأموالهم، ولهذا كانت هي إحدى الجرائم التي جعل لها الشرع عقوبة محددة، فهي داخلة في الحدود ، أي العقوبات التي حددها الشرع ولم يترك أمر اختيارها إلى الحاكم أو أفراد الشعب .

والحرابة هي قطع الطريق، أو كما بينها الفقهاء : كل فعل يقصد به أخذ المال على وجه يتعذر معه الاستغاثة عادة، وإن لم يقتل ولم يأخذ مالاً، سواء أكان ذلك بسلاح أم بغير سلاح ، في داخل العمران أو خارج العمران.

كما بيَّن العلماء أن السارق بالليل أو بالنهار في دار أو في زقاق -بالقوة- يعد محارباً ، أي مرتكباً لجريمة الحرابة .

وهذا ما يراه فقهاء المالكية الذين لا يشترطون في جريمة الحرابة أن تكون بقطع الطريق في القفار والأماكن المنعزلة ، يقول القرافي " المشهر للسلاح بقصد السلب محارب ، كان ذلك في مصر أو في قفر ، له شوكة أم لا ، ذكراً كان أو أنثى ... وهو محارب وإن لم يقتل ، وكذلك قتل الغيلة ، بأن يخدع رجلاً ، أو يمشي حتى يدخله موضعاً فيأخذ ما معه، وكل من قتل أحداً على ما معه فهو محارب "[1].

و قد اعتمد الفقهاء في عقوبة جريمة الحرابة على قول الله تبارك وتعالى: ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف، أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم﴾ .

والآية الكريمة عند جمهور العلماء نزلت تبين عقوبة جريمة المحاربين وقال بعض العلماء : إنها نزلت في الأشخاص الذي ارتدوا عن الإسلام في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأخذوا الإبل وقتلوا الرعاة. وذلك أن نفراً من الناس جاءوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأظهروا الإسلام، وأقاموا بالمدينة مدة ، ثم اعتلت صحتهم ، فنصحهم الرسول صلى الله عليه وسلم أن يخرجوا إلى خارج المدينة، ويقيموا في المكان الذي توجد فيه الإبل التي أخرجها أصحابها زكاة لما يملكون من حيوانات فيشربوا من ألبانها، كما نصحوا بشرب أبوال الإبل حتى يشفوا من المرض الذي كان يعالج حينئذ بشرب أبوال الإبل ، لكن هذه المجموعة من البشر لم يقابلوا هذا المعروف بما يستحق من امتثال لأحكام الإسلام بل قتلوا الرعاة وسلبوا الإبل واستاقوها، فأرسل الرسول صلى الله عليه وسلم من يمسك بهم، وطبق فيهم النص الكريم ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض

(١) الذخيرة ، للقرافي، جـ٢ ١٢٣ .

فساداً..﴾ الآية، لكن الرأي الصحيح أن الآية الكريمة نزلت - كما يقول جمهور العلماء - في المحاربين ، لقول الله تعالى في الآية التي تليها :﴿ إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم﴾ لأن عدم القدرة ليس شرطاً في قبول توبة المرتدين عن الإسلام ، فالآية - إذن - في عقوبة جريمة الحرابة .

والأمر الملفت للنظر أن عقوبة جريمة الحرابة - كشان عقوبات الحدود جميعها- عقوبة شديدة جداً ، وذلك لفظاعة الجريمة وإخلالها بالأمن العام ، والأمن نعمة من نعم الله عز وجل لا تقل عن نعمتي الطعام والشراب إن لم تزد عليهما ، فالإنسان قد يصبر على عدم الأكل أو الشرب مدة قد تطول أو تقصر بحسب قدرته البدنية والنفسية، ولا يتضايق كثيراً ، وأما حرمانه من الأمن فهو وضع يستوجب الإخلال بفكره واستقراره وهدوئه وله التأثير الشديد السوء على نفسيته وسلوكه، وقد بين القرآن الكريم أن نعمة الأمن من النعم الجليلة التي يجب أن تكون دافعة للإنسان لشكر الله عز وجل والإيمان به تبارك وتعالى ، قال عز وجل داعياً قريشاً إلى الإيمان به ورسوله ﴿لإيلاف قريش إيلافهم رحلة الشتاء والصيف ، فليعبدوا رب هذا البيت الذي أطعمهم من جوع وآمنهم من خوف ﴾ .

كما أن جريمة الحرابة ليست إلا تجرؤاً على نظام المجتمع ، واستهانة به، وعدم مبالاة بقوانينه وأعرافه وتقاليده، وتهجماً على هيبة الحكم. كما تؤدي إلى إشاعة الرعب والخوف عند الجماهير ، فلا يأمن الناس على حياتهم وأموالهم ، أو أعراضهم، وقد تعطل سير حركة الحياة فيقبع الناس في مناطقهم بعيداً عن موضع الخطر ، وهذا تعويق لسبل الرزق وتعطيل المصالح العامة ، وعزل الناس بعضهم عن بعض وجعلهم يعيشون في جزائر منعزلة خوفاً من قطاع الطرق والقراصنة. بل وقد تؤدي هذه الجريمة

إلى تعطيل أحد أركان الإسلام الخمسة ، كما كان يحدث قبل أن يستتب الأمن في شبه الجزيرة العربية، فقد كان قطاع الطرق يقطعون الطريق على حجاج بيت الله الحرام، فيسلبون أموالهم، بل قد يقتلونهم ، وينتهكون حرماتهم. ومع أن الإسلام شدد تشديداً كبيراً في عقوبات الجرائم التي تهدد أمن المجتمع وتخل بأحد الأمور الضرورية الخمسة التي هي كما ذكرنا حفظ الدين ، والنفس ، والنسل ، والعقل ، والمال ، فإنه في نفس الوقت شدد في طريقة إثبات هذه الجرائم ، وكلما اشتدت العقوبة كان الاحتياط الشديد في إثباتها ، ولهذا كان الشرط في هذه الجرائم أن تكون ثابتة يقيناً أو بغلبة الظن الذي يقرب من اليقين ، فكانت قاعدة درء الحدود بالشبهات ميزاناً يجعل القاضي في تريث وحذر من تطبيق العقوبة في إحدى جرائم الحدود إلا بعد أن يستقر في وجدانه أن المتهم قد ارتكب هذه الجريمة ، وقد رويت قاعدة درء الحدود بالشبهات حديثاً مرفوعاً إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو: " ادرءوا الحدود بالشبهات " ، لكن المحققين من علماء الحديث بينوا أن نص الحديث لم يثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وإن كانت هذه القاعدة هي إحدى القواعد الشرعية الثابتة بإجماع العلماء ، فالقاعدة صحيحة شرعاً و لكن إثباتها كان عن طريق الإجماع، الذي لا بد أن يكون مستنداً إلى دليل من الشرع، وهو هنا الحديث الموقوف، أي المسند إلى بعض الصحابة. فالإسلام ليس تواقاً إلى إسالة الدماء ، واصطياد الناس لتطبيق العقوبات عليهم ، وإنما هو على العكس من ذلك تماماً يقصد إلى حفظ حياة الناس وأموالهم ، وأعراضهم ، وتوفير الحياة الآمنة لهم. ومن يرد أن يزداد يقيناً من هذا فلينظر في حادثة اعتراف أحد المسلمين وكان يسمى ماعزاً ، عندما ذهب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، واعترف للرسول باقترافه الزنا ، فجعل الرسول صلى الله عليه وسلم يحاوره لعله يرجع عن اعترافه ،

فقال له الرسول : لعلك قبلت ، لعلك كذا، لعلك كذا ، والرجل مصر على اعترافه ، فلما رأى إصراره على الاعتراف كان لابد من إقامة العقوبة التي حددها الشرع في مثل هذه الجريمة ، وهي رجم الزاني المتزوج فامر الرسول بإقامة الحد عليه ، فذهبوا به بعيداً و وبدأوا يرجمونه ، فلما أحس بألم الرجم جرى منهم ، فلحقوا به وأتموا العقوبة ، فلما بلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم أنكر عليهم ما فعلوه بعد أن جرى منهم ، وقال : هلا تركتموه لعله يتوب فيتوب الله عليه ؟ بل إن بعض روايات الحديث تبين أن ماعزاً قبل أن يجيء لرسول الله صلى الله عليه وسلم معترفاً كان قد عرض الأمر على رجل اسمه هزال، فأشار عليه هزال أن يذهب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ويعترف له، فلما علم الرسول صلى الله عليه وسلم أن هزالاً هو الذي طلب منه أن يجيء للرسول معترفاً قال لهزال : " لو سترته لكان خيراً لك " .

فالإسلام إذ شدد في العقوبة فلأنها تحفظ أمراً ضرورياً لا بد من حفظه في المجتمع الإنساني الكامل ، لكنه في نفس الوقت يحتاط في إثباتها احتياطياً شديداً، لأنه حريص على احترام حقوق الإنسان وصيانتها عن أي نوع من أنواع التعدي ، ولهذا كانت إحدى وصايا الرسول صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع " إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا "، وبين أن الناس سواسية كلهم لآدم وآدم من تراب ، وأنه لافضل لإنسان على آخر إلا بتقوى الله عز وجل.

إنه ليس كالإسلام نظام آخر يدعو إلى الرحمة ، فمن الثوابت في الشر ع عدم جواز اتخاذ الحيوان والطير غرضاً في الرمي، وتحكي كتب السنة أن أحد المسلمين عقب إحدى المعارك مر بامرأتين من أسرى العدو بين القتلى من الأعداء فأجهشت إحداهما بالبكاء ، فعنفه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ما معناه : هل نزعت منك الرحمة حتى تمر بامرأتين على قتلاهما.

وتروي كتب السنة كذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : " لا توله امرأة على ولدها " . لكن مع هذا فإن العقلاء لا ينكرون أن الشدة مطلوبة في بعض المواضيع ، ومنها الزجر عن الأمور الخطيرة التي تؤدي إلى الإخلال بأمن المجتمع واستقرار أفراده ، والقسوة أحياناً تكون علاجاً لمن يحرص على مصلحته وكانت حكمة الشعر في البيت المشهور :

فقسا ليزدجروا ومن يك حازماً   فليقس أحياناً على من يرحم

نحن المسلمين لنا تشريعنا الذي نعتز به، وندين الله عليه، ونؤمن بأنه المحقق لمصلحة الفرد والمجتمع في الدين والدنيا، كما نؤمن أن الأحكام الإسلامية هي العلم، وما عداها هي الجهل مهما رفع المخالفون من شعارات براقة تخلب عقول البسطاء والسزج والجهال وأدعياء المعرفة، وقد بين لنا الله عز وجل أن ما جاء به محمد صلى الله عليه وسلم هو العلم ، ويؤدي هذا إلى أن ما عند الأخرين هو الجهل، كما بين لنا سبحانه أن غير المسلمين لن يرضوا عن رسولنا إلا إذا اتبع ملتهم، قال تعالى: ﴿ ولن ترضى عنك اليهود ولا النصارى حتى تتبع ملتهم قل إن هدى الله هو الهدى ولئن اتبعت أهواءهم بعد الذي جاءك من العلم مالك من الله من ولي ولا نصير ﴾ .

بسم الله الرحمن الرحيم

البيان الأوربي وحد الحرابة في الشريعة والقانون
التطبيق العملي لحد الحرابة

للأستاذ سومي زيدان عطية
القاضي بمحكمة العين الشرعية

تمهيد :

-١-

لقد أنزل المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة أحكام الشريعة الإسلامية ومبادىء القانون في أحكام وقواعد موضوعية وإجرائية للعمل بها.

وأتعرض لهذا الجانب من حيث التطبيق لإبراز الضوابط والضمانات القضائية التي تنزل بها الحدود بصفة عامة وحد الحرابة بصفة خاصة على الحوادث والنوازل التي تعرض على الجهاز العدلي في البلاد. وأمهد لذلك مع بيان طبيعة وماهية الحرابة ثم أخلص :

(أ) إلى تجريد ملخص للسابقة القضائية موضوع البيان الأوربي.
(ب) وأبين بعدها ضمانات التقاضي بنوعيها الموضوعي والإجرائي.
(ج) ثم أبيِّن دلالة الطعون التي توفرت في السابقة القضائية.
(د) وأخيراً خاتمة تبين الخلاصة.

-٢-

لقد فرض البيان الأوربي بجانب موضوعه منظور بعده الدولي. ذلك البعد الذي استلزمه المنطق الذي أخرج قضية جريمة عادية من الأروقة العدلية المحلية إلى الأروقة السياسية الدولية وأحسب أن تناوله بمسح عام سريع يَحْسُنُ لتصوير موقف من أثاروا قضية لايختصون بها من جهة المنطق العدلي الحقوقي ، ذلك أن عرض وجهة النظر الموضوعية لاتكون على نحو مما جاء بالبيان الأوربي في عرضه، " إن كان الأمر عرض وجهة نظر فحسب " ، بيد أن قراءة التاريخ وتصفح صفحات أيامنا المعاصرة يفرض مايخرج الأمر عن العرض المجرد لوجهة النظر.

وإن تناولنا للبعد الدولي مؤسس على أن لرجل الشرع والقانون وهو يعالج مسالة قانونية أن يتناول الجوانب المؤثرة فيها وليس له أن يلتفت عن الجوانب المتداخلة معها لأنه ليس بالرجل الذي لامنظور له في المسائل الجنائية إذ هو رجل منطق ولهذا كان المنطق مساقاً في الدراسات الحقوقية لتأهيل القانونيين. كما وأنه إذا كان المنطق أول علوم الفلسفة والفلسفة هي الحكمة والحكمة هي العمل بالعلم فرجل القانون صاحب حكمة وفلسفة.

لا نزاع في أن القانون بشكل عام تعبير عن تطلعات وثوابت المجتمع الذي يولد فيه وهو توثيق لحضارة مجتمعه.

والقانون الجنائي بشكل خاص لابد أن يكون نابعاً في مبادئه الأساسية وقواعده العامة من تراث المجتمع حماية لقيمه ومصالحه بحيث لاتنفصم الجريمة فيه، في مجتمع كمجتمعنا، عن الخطيئة ولاالشكل فيه عن الجوهر ذلك أن حل الجريمة لايصلح معه التحليل العلمي المستورد والمجرد فحسب " لأن الجريمة راجعة للإنسان الذي يعمل بوحي من عقله وروحه متاثراً

بتراثه وأخلاقياته، قيمه ودينه وبيئته فإن لم تكن الحلول متجاوية مع كل ذلك فإنه لاجدوى في مكافحة الجريمة "[1] لذلك كان القانون في دولة الإمارات العربية المتحدة تحقيقاً لهذا المقتضى.

وإن البيان الأوربي حول تنفيذ حد الحرابة الشرعي -وقد صدر من البرلمان الأوربي - هو تعبير عن التطلع العقيدي للقوم في شمال الكرة الأرضية. وهو بذلك يدفع بقضية جريمة عادية إلى أتون معركة الصراع الحضاري بين الغرب المسيحي والشرق الإسلامي، ذلكم الصراع الذي أعلن عنه قادة الغرب ومفكروه عقيب تصدع أو تصديع الاتحاد السوفيتي فتهتر ثوب عظمته لخدمة القضم والهضم الحضاري لأعضائه وهو ما أشار إليه غير ماكاتب.

وباختصار ذلكم هو البعد الفكري العقيدي النفسي الفردي أو الجماعي الذي صاغ البيان وساقه لخدمة مقاصد مجتمع الغير وتوثيق لفكر مناهض لأصل فكرنا وهادم لأسس حضارة قائمة على الإيمان والتسليم لشريعة الخالق.

-٣-

السابقة القضائية موضوع البيان :

لم تكن السابقة القضائية التي نفذ بموجبها حد الحرابة الشرعي على شخصين من جنسيتين مختلفتين أول حد حرابة يُنفذ في البلاد، فقد صدرت قبلها أحكام حرابة حدية ونفذت غير أن عناصر التجريم فيها لم تكن ذات عناصر التجريم في الأخيرة، وترتيباً على ذلك اختلف نوع الحد لأن الحرابة

(١) القانون الجنائي: مبادئه الأساسية ونظرياته العامة في الشريعة الإسلامية، أ.د. محمد محي الدين عوضي،ص٩.

جريمة ذات طبيعة متفردة. وبعجالة نعرِّف ماهيتها من حيث التجريم والعقوبة لنستصحبه في الواقع التطبيقي ماعوناً .

ماهية الحرابة:

الحرابة في الاصطلاع الشرعي : قطع الطريق (١) لمنع سلوك (٢) أو لأخذ مال محترم (٣) على وجه يتعذر معه الغوث(٤) أو لإذهاب عقل (٥) أو لخداع مميِّز لأخذ مامعه: كان ذلك ليلاً أو نهاراً في زقاق أو دار (٦) أو لإرادة الأعراض. قال القرطبي إخافة الطريق بقصد الغلبة على الفروج أفحش المحاربة وأقبح من أخذ المال[1].

دل التعريف على أن الحرابة جريمة مركبة فهي لاتقتصر على النهب أو السرقة بإكراه"Robbery" ولاعلى قطع الطريق"Highway Robbeery" ولا على الإرهاب " Intimidation" فحسب بل تشتمل بجانب ذلك كله الاغتصاب "Rape". والركن المعنوي أو التصور الإجرامي فيها متعدد المقاصد إلا أن الركن المادي فيها يتحقق بوقوع أي جريمة من الجرائم الأربعة.

ويتسع نطاق جناية الحرابة عند المالكية وأبي يوسف من الحنفية إلى داخل المصر بينما مذهب الحنفية على أن الحرابة لاتتحقق إلا خارج المصر، هذا وقد ذهب الشافعية إلى الوسطية فربطوها بنطاق عدم سماع الغوث فكانوا أقرب في ذلك إلى المالكية فيما كان مذهب الحنابلة كالحنفية فقد اشترطوا لوقوعها أن تكون في الصحراء.

لم يشترط المالكية شروط السرقة في الحرابة كالنصاب والملكية والحرزية بينما اشترطها غيرهم.

(١) تبيين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك للشيباني ٤/ ٥٢٠.

والمرأة كالرجل في المسؤولية الجنائية بحد الحرابة لدى الجمهور غير أن الكرخي والإمام أبا يوسف: على أن المرأة لاتكون محاربة فهي كالصبي لطبيعة تركيبها .

وفي الإخافة فقد اشترط جماعة فيها حمل السلاح بينما الشوكة هي شرطها بها تتم الجريمة.

وفيما يتعلق بالمجني عليه فقد اتفق أن شرطه أن يكون مسلماً أو ذمياً أما المستأمن فخلاف وكذلك الأمر بالنسبة لعدم القرابة بينه وبين المحارب.فمن قائل إن القرابة تخرج الجريمة من الحرابة إلى غير الحرابة ومن قائل إن القرابة لاتؤثر في توصيف الفعل المجرم بالحرابة إن كملت عناصر الحرابة في ذلك الفعل وهو الراجح.

العقوبة :

يترتب على وقوع جناية الحرابة إنزال العقوبات الحدية الواردة في الآية الكريمة ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أوتقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض﴾[1] ولكن اختلف الأئمة في توقيعها :

المذهب المالكي : والذي عليه العمل في الدولة: على أن الحاكم بالخيار يتخيَّر من العقوبة مايناسب ظروف الجريمة والمجرم مالم يرتكب جريمة القتل في الحرابة إذ يتعين معها قتل الجاني.

وأبو حنيفة : على أن الحبس للحرابة المجردة والقطع بخلاف عند السلب بشروط السرقة والقتل حداً عند القتل.

---

(١) المائدة ٣٣.

الإمام والشافعي والإمام أحمد : على أن القتل عن القتل والقتل مع الصلب عند القتل والسلب والنفي في غير ذلك.

كيفية الصلب:

ذهب أبو حنيفة ومالك إلى أن يصلب المحارب حياً ثم يقتل مصلوباً واختلفا في مدة الصلب فأبو حنيفة على أن يظل ثلاثة أيام مالم يتغير بينما مالك على أن ينزل بعد القتل مباشرة.

وذهب الإمام الشافعي والإمام أحمد إلى أن يقتل أولاً ثم يصلب غير أنهما اختلفا في أمد الصلب فعند الإمام الشافعي يُصلب ثلاثة أيام، وعند الإمام أحمد يستمر صلبه إلى القدر الذي يشتهر به ثم ينزل.

تعويض المجني عليهم :

يستحق المجني عليه الذي سُلب ماسُلب ببينة أو بيمين إن كان قائماً ، ويرى جماعة أن استمرار يسار المحارب هو شرط استحقاق المجني عليهم لحقوقهم كما أن المرأة المغتصبة تستحق صداقها.

وفي العفو عن المحارب : لما كانت الحرابة حداً فلا يرد العفو عن المحارب إذ لاحق لأولياء الدم فيه غير أن الحالة الوحيدة التي يرد العفو فيها هي حالة مالإذا تاب المحارب قبل ضبطه ولم يرتكب جناية قتل، فإذا ارتكبها أثناء حرابته سقط حدها ولكن يبقى حق القصاص بشروطه وكما تبقى الحقوق الشخصية الأخرى دون مساس بها في سائر الأحوال.

تجريد السابقة القضائية:

هيئة الاتهام : النيابة العامة.

المجني عليه الأول:الحق العام أي المجتمع.

المجني عليه الثاني : ستة أشخاص من جنسيات مختلفة.
المتهمون : خمسة أشخاص من جنسيات مختلفة .

لائحة الاتهام :

اتهمت النيابة المتهمين الأول والثاني بجريمتي القتل مع سبق الاصرار والترصد وبالسرقة بالإكراه لأنهما بيتا النية على قتل المجني عليهم والاستيلاء على أموالهم وقد نفذا ذلك باقتيادهم بالحيلة ثم بالإكراه إلى مناطق صحراوية فتمكنا من سلب مامعهم من مال ومن قتلهم بالسلاح الناري الذي أعداه لذلك. فطلبت محاكمتهما تحت طائلة المواد ٣٣٢ و ٣٣٣و٣٨٤/ ١-٢ من قانون العقوبات الاتحادي.

واتهمت الأول والثاني والثالث بذات الجريمتين لأنهم احتالوا على المجني عليه الخامس واقتادوه إلى منزل المتهم الأول حيث غافلوه وخنقوه حتى الموت وسلبوا ماكان معه من مال وحملوا جثته بليل إلى الصحراء ودفنوها.

ونتجاوز عن بقية المتهمين والتهم لعدم ضلوعهم في جناية الحرابة.

تعديل الاتهام:

عدلت المحكمة المختصة في مرحلة المحاكمة الابتدائية الجريمتين المنسوبتين إلى المتهمين الثلاثة إلى جناية الحرابة الشرعية.

الحكم الابتدائي : صدر بالإجماع بإدانة المتهمين الأول والثاني بجناية الحرابة الحدية وبمعاقبتهما على ذلك بالصلب حيين في مكان عام وطعن كل منهما حتى الموت وإبقائهما يوماً مصلوبين بعد ذلك وبإدانة المتهم الثالث بجناية الحرابة التعزيرية وبمعاقبته على ذلك بالسجن المؤبد وبجلده

٥٠ جلدة كل شهر لمدة سنة.

الحكم الاستئنافي :

١- قضى بتعديل تنفيذ الصلب إلى يوم واحد قبل القتل.

٢- بتعديل القتل بالطعن إلى القتل بالوسائل المتاحة.

٣- بتعديل جلد المتهم الثالث من ٥٠ جلدة كل شهر لمدة سنة إلى ١٠٠ جلدة خمسون جلدة كل شهر.

المحكمة العليا : قضت بتأييد الحكم الاستئنافي فيما يتعلق بالحكم في الحرابة.

المرحلة الأخيرة : تمت موافقة رئيس الدولة على تنفيذ الحكم.

نوعية الطعون :تعلقت الطعون بالخطأ في تطبيق القانون ، الفساد في الاستدلال، الإخلال بحق الدفاع بمخالفة محكمة أول درجة لمواد الإحالة، واستنادها على دلائل ظنية في إدانة المتهم الثالث الذي لم يسجل اعترافاً في مرحلة من مراحل التحقيق، عدم الاستماع لشهود تواجد المتهم الثالث خارج نطاق مسرح الجريمة، عدم توافر عناصر جريمة الحرابة في الجريمة المنسوبة إلى المتهمين، عدم الأخذ بمبدأ عرض العفو على أولياء المجني عليهم.

-٤-

في ضمانات التقاضي :

بمتابعة قضايا الحدود نجد أن الجانب التطبيقي يشهد بما للشريعة والقانون في المسار العدلي من الضمانات التي يجب أن تتوفر لصدور الحكم محاطاً بكل ضمانات الصحة.

وتنقسم تلك الضمانات إلى ضمانات موضوعية وضمانات إجرائية .

أما الموضوعية: فهي متعددة أختار منها:

(١) الضمانة الكبرى وهي عدالة النص العقوبي لتقرره من الله تعالى . ذلك:

(أ) لأن النص الحدي حين تصدره المحكمة فهو نص لااجتهاد لها فيه كقوله تعالى: ﴿ السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما...﴾
وقوله: ﴿الزاني والزانية فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة..﴾
وقوله : ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرضف ساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض﴾.

(ب) لأنه الهدي الرباني: ﴿ قلنا اهبطوا منها جميعاً فإما يأتينكم مني هدىً فمن تبع هداي فلا خوف عليهم ولاهم يحزنون والذين كفروا وكذبوا بآياتنا فأؤلئك أصحاب النار هم فيها خالدون﴾ .

(ج) لأنه الحق العادل: ﴿ إنا أنزلنا الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله﴾.

(د) لأنه ناي عن الظلم: ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأؤلئك هم الظالمون﴾ .

(و) لأنه التشريع المختار على مستوى الحقب والأمم السابقة واللاحقة: ﴿كان الناس أمة واحدة فبعث الله النبيين مبشرين ومنذرين وأنزل معهم الكتاب بالحق ليحكم بين الناس فيما اختلفوا فيه وما اختلف فيه إلا الذين أوتوه من بعد ماجاءتهم البينات بغياً بينهم فهدى الله الذين آمنوا لما اختلفوا فيه من الحق بإذن الله والله يهدي من يشاء إلى صراطٍ مستقيم﴾ ففي التفسير: الأمة الواحدة المسلمة والعقيدة

والتشريع الواحد هو الإسلام ومهمة الكتاب في الآية أن يكون مصدراً للتشريع والحكم والفصل بين الناس والهداية إلى العقيدة الحق والآداب الفاضلة والأعمال الصالحة.

(٢) ضمانة المشترك بين العبادة والقضاء:

وهي ضمانة استصحاب التعبد بالحكم بحق الله أي بحد من حدوده وذلك بالتنزه عن الغرض الشخصي.

فالقضاء في الإسلام حساب كسب في الدنيا وحساب جزاء في الآخرة. قال تعالى: ﴿ ياداوود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولاتتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله﴾. وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « القضاة ثلاثة واحد في الجنة واثنان في النار فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق وقضى به ورجل عرف الحق فجار فهو في النار ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار» . وقال عليه الصلاة والسلام: « إن المقسطين على منابر من نور على يمين الرحمن عز وجل وكلتا يديه يمين الذين يعدلون في حكمهم وأهليهم وماوَلُو».

والحدود نوعان :

الأولى : الحدود المقدرة عقوبات من عند الله حقاً له.

الثانية: المتمثلة في إيصال الحقوق لمستحقيها.

وإنزال الحدود على الواقع التطبيقي استتبع الحرص الكامل على عدم تعدي تلك الحدود فكانت قاعدة " درؤ الحدود بالشبهات " وقد قرر عمر الفاروق رضي الله عنه تاكيد شأن هذه القاعدة بقاعدته " لئن أعطل الحدود بالشبهات أحب إليَّ من أن أقيمها بالشبهات ".

(٣) ضمانة مبدأ الشرعية :

أثار الطعن بمخالفة محكمة أول درجة للائحة الاتهام، حين غيرت وصف القتل العمد مع سبق الإصرار والترصد والسرقة بإكراه إلى الحرابة، مبدأ الشرعية للحرابة لعدم ورودها بالاسم في القانون فتعين التطرق لهذه الضمانة التي يتفق عليها الشرع والقانون.

فالشريعة : نصت عليه في عدة نصوص منها قوله تعالى:﴿ وماكنا معذبين حتى نبعث رسولاً﴾ وقوله: ﴿ذلك إن لم يكن ربك مهلك القرى بظلمٍ وأهلها غافلون﴾.

وقال الفقهاء " العقوبات موانع قبل الفعل زواجر بعده "، و " يجب أن يقدم الإنكار ولايعجل بالتاديب قبل الإنذار "، و " لاحكم قبل ورود النص ".

والقانون : على أنه لاجريمة بلا نص ولاعقوبة إلا بنص ، عليه نصت المادة الأولى من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٧ على إصدار قانون العقوبات الجنائية.

والمادة الرابعة على أنه " لايفرض تدبير جنائي إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها ".

والمادة الثانية عشرة على أنه " يعاقب على الجريمة طبقاً للقانون النافذ وقد ارتكابها.. " .

والمادة الخامسة عشرة " يسري القانون الجديد على ماوقع قبل نفاذه من الجرائم المستمرة أو المتتابعة أو جرائم العادة التي يستمر ارتكابها في ظله " ويتبع ذلك ضمانة النشر وعدم سرية القانون المجرم للأفعال فلزومية نشره لفائدة الانضباط المجتمعي على مبدأ التبصير والإنذار.

فالحدود الشرعية منشورة منذ أربعة عشر قرناً مبشرة ومنذرة مبيِّنةً الأفعال المائمة والمجرمة محددة الحقوق والواجبات الحدود والمحظورات.

والقانون أثبت هذه الضمانة بإعلان قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية في الجريدة الرسمية في ١٧/٤/١٤٠٨هـ و١٥/٦/٩٢.

(٤) ثم ضمانة مبدأ المسؤولية الجنائية :

فهي من الضمانات الهامة والمعتبرة في مسار التطبيق العدلي فلا يساءل غير المكلف ولا المجنون ولا المكره ولامن فقد الأهلية أوالإدراك أوالتمييز شرعاً.

والقانون والشرع في ذلك سواء فالمواد ٦٠-٦٥ من قانون العقوبات الاتحادي نصت على ذلك.

وهناك ضمانات قضائية موضوعية أخرى لم يسمح المجال لذكرها واقتصرت على الأهم فالأهم.

أما الضمانات الاجرائية :

فمما لاشك فيه أن الإجراءات قد تنطوي على أخطار كبيرة وتجاوزات بليغة لأنها وسيلة العدالة فكان لابد أن تشتمل على ضوابط توفر ضمانات كافية لتحقيق الأهداف العدلية في أروقة القضاء.

لذلك اهتمت الأنظمة القانونية العدلية ورجال القضاء بقانون الشكل ووسائله.

قال اللورد "دنينج" رئيس المحكمة الاستئنافية العليا في بريطانيا Master of Rolls: "لابد للقانون من تقرير الضمانات التي تبقي تيار العدالة نقياً" ونادى بالأخذ بمقترحات القضاة رداً على مجلس اللوردات القائل بأن

المشرع بأجهزته الاستشارية أقدر على الرؤية الشاملة بينما لايرى القضاة إلا جانباً واحداً فقال: "وهذا مالا أسلم به فالقضاة تتاح لهم رؤية أفضل تمتد إلى مدى أبعد من رؤية تلك الأجهزة الاستشارية ولاسيما فيما يتعلق بجانب التطبيق العملي للقانون وبحماية حريات الأفراد"[1].

ولقد اهتمت الشريعة الإسلامية بقانون الشكل ولم تهمله وهي تعتمد الجوهر كأصل تتحقق فيه العدالة لأن الشكل هو ماعون الجوهر. والجزء الأعظم من قانون الشكل في الشريعة اجتهادي نظر فيه العلماء إلى الأصول واستنبطوا منها فرعياته، بيَّن ذلك القرافي في فروقه وجرد له ابن فرحون عدة فصول في تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام كما فعل غيرهما في المذهب المالكي والمذاهب الأخرى، ولذلك كان تطابق كبير بين الإجراءات الشرعية والقوانين الوضعية، وقد أظهرت ذلك قواعد إجراءات التقاضي ونظام المحاكم الشرعية لإمارة أبوظبي لسنة..١٤٠٠هـ لسنة ١٩٨٠م وهي اللائحة التي كانت مطبقة قبل انضمام المحاكم الشرعية إلى المحاكم الاتحادية، فقد تناولت الإجراءات الشرعية تحديد اختصاصات القضاة ونظام المحاكمات بدءاً برفع الدعوى وانتهاءً بتنفيذ الأحكام مروراً بالمرافعات فيها فهناك فصول استقضاء القضاة ونواحي جلوسهم للقضاء وزمان جلوسهم وسيرة القاضي في الأحكام مع الخصوم ومايبتدىء به من القضايا بتقديمه الجنايات على المدنيات والمحبوسين على غيرهم وشملت فصول سماع البينات والإعذارات وأنظمة المعارضة والاستئناف والنقض وإعادة النظر والتفتيش القضائي.. الخ.

---

(١) الوسائل القانونية السليمة The due process of Law للورد دنينج .

القانون في دولة الإمارات العربية المتحدة:

اهتم المشرع فيه بالشكل وأفرد له كما تفعل سائر الدول قانوناً للإجراءات ليوفي المقاصد العدلية في مسار التقاضي وكان آخره صدوراً القانون رقم ٩٢/٣ الذي حققت مواده البالغ عددها ٣٣١ الضمانات الإجرائية، أجتزىء منها:

١- المادة الثانية : التي نصت على ضمانة منع توقيع أي عقوبة على أي شخص إلا بعد ثبوت إدانته.

٢- المادة الرابعة : ضمنت أقصى أنواع دفاع المتهم عن نفسه بإيجاب وقوف محام بجانبه للدفاع عنه إذا كانت العقوبة من العقوبات القصوى وفي الحالات الأخرى وتتحمل الدولة أتعاب المحامي عند عجز المتهم عن تامينها لمحاميه.

٣- والمادة السابعة : كفلت ضمانة عدم تحريك الدعوى العمومية ضد أي شخص إلا إذا كانت شرعية وقانونية حين جعلت الاختصاص للنيابة دون غيرها.

٤- والمادة ١٨ : صانت هيبة المحكمة وهي إحدى ضمانات صدور الأحكام وفق الضوابط المرعية شرعاً وقانوناً.

ضمانة الأمر السامي الصادر من صاحب السمو رئيس الدولة [1] بعدم التكفيل في جميع القضايا إلا أن يكون كفيلاً غارماً مليئاً أو مالكاً لعقار وإن لم يكن الكفيل كذلك فإنه يتعين بقاء المدعى عليه بالتوقيف لحين صدور قرار المحكمة الفصل: وهي ضمانة ظاهرها التعارض مع المادة ١١٠ من قانون الإجراءات الجزائية غير أنها جاءت متمشية مع طبيعة

---

(١) الخطاب رقم ٥/١/٤/٢٣.٢ بتاريخ ١٦/١/١٩٩٣.

المجتمع الذي يكثر فيه الأجانب الذين لاضمانات لهم سوى التحفظ عليهم لحقوق الغير. فالأمر استدراك على القانون كاستجابة لضرورة مجتمعية وكما أشرنا من قبل فإنه لابد من أن يكون القانون معبراً عن حاجات المجتمع كجزء من تطلعاته ولاشك أن الإجراءات التحفظية التي تؤمن بقاء المدعى عليه أو المدعى به تحت الطلب إلى أن تقول المحكمة كلمتها الفصل جوهر في قانون الشكل والإجراء.

ولذلك فقد اضطلع القضاة بمهمة سرعة الإنجاز وإنزال المبدأ الشرعي في المحاكمات بتقديم الموقوفين على غيرهم في النظر وقد حقق ذلك إثبات الحقوق المرجوة لجميع الأطراف.

وفي الختام :

١- لقد حقق تطبيق الشريعة والقانون بالضوابط القضائية المحددة شرعاً وقانوناً أهداف ومقاصد المشرع الأعلى لمصالح الأمة وأفراد المجتمع بجانب مقاصد التشريع الوطني الذي اعتبر مقاصد الشرع ومبادىء القانون العدلي.

٢- أثبت تطبيق الحدود عموماً وحد الحرابة الأخير موضوع البيان الأوربي كل الضمانات الإجرائية شرعاً وقانوناً وأثبت مبدأ الشرعية بصدر المادة الأولى من قانون العقوبات الاتحادي مقروءاً مع المادة ٢١٤ من قانون الإجراءات الجزائية فكان تعديل لائحة الاتهام في القضية تعديلاً مقبولاً شرعاً وقانوناً.

٣- وأثبت كذلك عدلية منهجية الدولة المؤسسة على المتفق عليه لدى القانونيين من أن القانون لابد أن يكون معبراً عن تطلعات المجتمع وهو ماعبرت عنه وزارة الخارجية دبلوماسياً وسياسياً بعقلانية

وموضوعية وأبانته وزارة العدل بالدولة موضحة ثبات مجريات العدالة على منهج الله تعالى لسلامة جميع المقيمين بالدولة وتامينا لأموالهم.

٤- وأثبت معارضة البيان الأوربي لتطبيق حد الحرابة محاولة من محاولات فعاليات الهضم الحضاري من جانب فكر الحضارة الغربية الذي يعتمد العقل الآدمي البحت في نظرته للأمور وتاسيس المبادىء القانونية عليه وهو الأمر الذي أثبتت حقب الحضارات المختلفة فشلها فيه لنظريتها الجزئية للمسائل الحياتية. مقابل ثبات الحضارة الإسلامية لشمولية التشريع فيها لكافة مناحي الحياة وضرورات الأزمنة كلها والأمم الماضية منها والحاضرة والتالية ومن ثم كانت صلاحيته لكل زمان ومكان وهذا هو الجانب الموضوعي الذي قصر عنه الفكر الغربي الذي يعيش حالة من التقوقع في إطار من القصور البشري.

بسم الله الرحمن الرحيم

ضمانات تطبيق عقوبة الإعدام في التشريع الإجرائي الإماراتي

للدكتور بطي سلطان المهيري

مدرس قانون الإجراءات الجزائية- مساعد العميد لشؤون البحث العلمي

إن المطلع على الفكر الجنائي الحديث يرى أن الخلاف والجدل محتدم حول مشروعية عقوبة الإعدام ومدى فعاليتها في تحقيق مقتضيات الردع العام، ذلك أن الرأي منقسم حول هذه المسألة إلى فريقين: فريق يؤيد تطبيق عقوبة الإعدام وفريق يعارض التطبيق، ولكل فريق من هذين الفريقين حججه وأسانيده الفلسفية والأخلاقية والقانونية والاجتماعية والدينية.

والمطلع على الفكر الإنساني يجد كذلك أن التأصيل الفلسفي للفكر المعارض لتطبيق عقوبة الإعدام يرجع إلى كتابات الفيلسوف والفقيه الإيطالي المعروف بشيزاري بكاريا وإلى كتابات الفيلسوف جيرمي بنتام، وذلك في القرن الثامن عشر الميلادي.

وعلى الرغم من أن هذا الصراع الفكري المحتدم قد ولد قديماً، ولم يحسم بعد لمصلحة أي من الفريقين، إلا أن المعارضين لعقوبة الإعدام وفي صدد إنفاذ فكرهم تبنوا في الوقت الحاضر اتجاهاً آخر غير الذي عرفناه من الفلاسفة القدماء لهذا الفكر، ويتمثل الاتجاه الجديد في اتخاذ وسائل غير مشروعة من الناحية الفلسفية من أجل مناصرة فكرهم، وهذه الوسائل تمثلت في محاولة

ربطهم بين عقوبة الإعدام وبين بعض وسائل الابتزاز التي تستخدمها الدول على صعيد العلاقات الدولية فيما بينها، وأعني بذلك الاتهامات التي توجهها بعض الدول إلى بعضها الآخر بانتهاك حقوق مواطنيها، وذلك لغايات تحقيق تلك الدول لمصالحها على حساب مصالح الطائفة الثانية من الدول.

ولعل القارىء لمشروع القرار الذي أعدته الكتلة الاشتراكية في البرلمان الأوربي موضوع ندوة اليوم، يرى أن أطروحاته الفكرية والفلسفية لاتتعدى أطروحات المعارضين لعقوبة الإعدام، والتي تم بسطها في المقدمة، الأمر الذي يبرر إدانتهم لعقوبات الإعدام.

كما يتبين له بأن معدي المشروع، وفي اقتفائهم لآثار معاصريهم من أرباب فكرهم، اتبعوا ذاتِ منهجهم المتمثل في اتخاذ وسائل غير مشروعة بغية فرض فكرهم كرهاً على غيرهم، وهذه الوسائل هي:

١- انطلاقهم، من أجل تفعيل هذا الفكر وتطبيقه واقعياً، من فرضية غير صحيحة قوامها أن الصراع المحتدم بين مؤيدي ومعارضي تطبيق عقوبة الإعدام، قد حُسِم نهائياً لمصلحتهم، في حين أن الواقع يثبت خلاف ذلك.

بل أراني غير مبالغ في القول بأن النصر في الوقت الحاضر حليف الفريق المؤيد لعقوبة الإعدام، والدليل على ذلك سيادة فكر هذا الفريق على تشريعات ونظم غالبية دول العالم، حيث توجد على مستوى دول العالم مائة وتسع دول تأخذ في تشريعاتها الجنائية بعقوبة الإعدام، وتطبق هذه العقوبة من خلال سلطاتها القضائية، بالإضافة إلى وجود ثمان وعشرين دولة تنص في قوانينها على عقوبة الإعدام على الرغم من عدم تطبيق تلك العقوبة من الناحية الواقعية، وفي مقابل ذلك نجد أن العدد الأقل من دول العالم قد نحت بفكرها وسياساتها الجنائية ناحية تبني فكر المعارضين لعقوبة الإعدام، بحيث ألغتها من تشريعاتها الجنائية، ويبلغ عدد هذه الدول ثمان

وخمسون دولة.

٢- ربط مشروع القرار بين تطبيق عقوبة الإعدام وانتهاك حقوق الإنسان، بحيث اعتبر المشروع أن أخذ بعض دول العالم بعقوبة الإعدام في تشريعاتها وتطبيق هذه العقوبة هو إحدى مظاهر انتهاك تلك الدول لحقوق الإنسان.

والحقيقة أن هذا الربط لايعدو أن يكون ترديداً للوسائل التي يتبناها معارضو عقوبة الإعدام بغية تطبيق فكرهم واقعياً، والمشار إليها في المقدمة، وهي لاتعدو أن تكون مغالطة أخرى من مغالطات هذا الفكر الذي تهاترت حججه، ذلك أن المستقرىء للواقع القانوني للدول على مستوى العالم يرى أن هناك من بين الدول التي لاتأخذ بعقوبة الإعدام معروف عنها انتهاكاتها الخطيرة لحقوق مواطنيها.

وفي المقابل يرى ذلك المستقرىء بأن كثيراً من الدول التي تطبق عقوبة الإعدم تعتبر مثالاً يحتذى به في حماية واحترام حقوق مواطنيها.

ولعل مما يمثل به من دول النوع الثاني، الولايات المتحدة الأمريكية، حيث تأخذ هذه الدولة بعقوبة الإعدام في تشريعاتها، على الرغم من أنها من الدول التي يُشْهَد لها في حماية واحترام حقوق مواطنيها، ذلك أن ثمان وثلاثين ولاية من بين إحدى وخمسين ولاية من الولايات الأمريكية تطبق عقوبة الإعدام، وتطبيق الولايات المذكورة لعقوبة الإعدام نتج عنه إعدام أربعمائة وثمانية عشر شخصاً منذ إعادة تطبيق العقوبة في سنة ١٩٧٧ حتى ٢٢ أكتوبر١٩٩٧.

بالإضافة إلى ماتقدم، واتساقاً مع الفكر الذي يناصر معدي مشروع القرار المذكور، ضُمِّن المشروع اتهاماً لدولة الإمارات العربية المتحدة بأنها

تنتهك حقوق الإنسان وهي بصدد تطبيق أو تنفيذ عقوبة الإعدام.

وفي سبيل الرد على هذا الاتهام غير العادل وغير الواقعي، سنتحدث وبشيء من التفصيل عن المبادئ والضمانات التي تقررها المعاهدات والاتفاقيات الدولية في صدد تطبيق عقوبة الإعدام، وعلى الأخص معاهدة الحقوق المدنية والسياسية الصادرة عن الأمم المتحدة في سنة ١٩٦٦، والتي دخلت حيز النفاذ في سنة ١٩٧٦، حيث سنوضح من خلال عرضنا لهذه الضمانات والمبادئ التي تضمنتها الاتفاقية، كيفية ودرجة التزام دولة الإمارات الكامل بما ورد بها، وذلك من الناحيتين التشريعية والقضائية.

وقبل المضي قدماً في الموضوع أود التنويه بانه على الرغم من غياب الواجب القانوني الذي يفرض على دولة الإمارات الالتزام بالضمانات الواردة بتلك المعاهدات، بسبب عدم انضمام الدولة لتلك المعاهدات، إلا أن الدولة تأخذ في تشريعاتها الإجرائية المؤيدة بالتطبيق الواقعي بأكثر من الضمانات المشار إليها.

وأخذ الدولة تشريعاً وقضاءً بهذه الضمانات مرجعه إلى حقيقة التزام الدولة بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية الغراء في المواد الجنائية، تلك الشريعة التي شهد أعداؤها قبل أبنائها بأنها توفر ضمانات للمتهمين بجريمة عقوبتها الإعدام أكثر بكثير من الضمانات التي قررتها المعاهدة المذكورة، بحيث لا أغالي إطلاقاً إن قلت بأن الضمانات التي جاءت بها المعاهدة ماهي إلا بعض من الضمانات التي تقررها الشريعة الإسلامية في هذا الشأن.

وإليكم الضمانات التي قررتها المعاهدة الدولية، ودليل التزام دولة الإمارات بها تشريعاً وقضاءً، وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بالمحكوم عليهم في الحكم الصادر بالإعدام موضوع مشروع القرار المذكور:

١- تنص المعاهدة على أن تطبيق عقوبة الإعدام يكون بالنسبة للجرائم العمدية الخطيرة.

تلتزم دولة الإمارات بهذه الضمانة، وذلك أن المطلع على قوانينها العقابية، وعلى الأخص قانون العقوبات الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٧، يجد أن عقوبة الإعدام مقررة فقط لمجموعة قليلة من الجرائم العمدية الخطيرة، أما الجرائم غير العمدية فلا تقرر لهاعقوبة الإعدام أصلاً، ومرد هذا الأمر أن الشريعة الإسلامية لاتقرر عقوبة الإعدام أو القصاص إلا بشروط معينة في جريمة القتل العمد دون القتل الخطأ، وهذا الأمر مستقر في الشريعة الإسلامية منذ أربعة عشر قرناً ونيف، كما أن الشريعة لاتقرر الإعدام إلا بالنسبة للجرائم الخطيرة وهي قليلة العدد كذلك، ومن بينها جريمة الحرابة، التي قررها الحكم موضوع مشروع القرار سالف البيان.

٢- الضمانة الثانية تتمثل في أن عقوبة الإعدام تطبق في إطار مبدأ الشرعية الجنائية؛ ويراد بهذا المبدأ أن "لاجريمة ولاعقوبة إلا بقانون" أي أن القانون وحده هو الذي يحدد الأفعال المعتبرة جرائم، وهو وحده الذي يحدد العقوبات على ارتكابها، فالقاضي لايملك اعتبار سلوك ما جريمة وتوقيع عقاب عليه، مالم يكن المشرع قد سبق ونص على اعتباره كذلك وحدد له عقوبته قبل ارتكاب هذا السلوك.

والمطلع -الواعي- على النظام الجنائي الإماراتي يجد أنه ملتزم بمبدأ الشرعية الجنائية، حيث تقرر المادة ٢٧ من دستور الدولة على أن«يحدد القانون الجرائم والعقوبات، ولا عقوبة على ماتم من فعل أو ترك قبل صدور القانون الذي ينص عليها».

وتطبيقاً للمادة ٢٧ من الدستور جاءت المادة الأولى من قانون العقوبات الاتحادي لتقرر بانه:«تسري في شأن جرائم الحدود والقصاص والدية أحكام الشريعة الإسلامية، وتحدد الجرائم والعقوبات التعزيرية وفق أحكام هذا القانون والقوانين العقابية الأخرى».

ومفاد هذه المادة أن القاضي ملتزم بالنسبة لجرائم الحدود والقصاص والدية بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية.

والجرائم التي تحكمها الشريعة الإسلامية، محددة فيها ومقدرة عقوبتها على التفصيل الوارد بكتب الفقه الإسلامي، الأمر الذي يظهر تقرير الشريعة الإسلامية لمبدأ الشرعية الجنائية بجلاء، ذلك التقرير الذي حدا برجال القانون المعاصرين إلى القول بأن الشريعة الإسلامية قررت مبدأ الشرعية الجنائية قبل أن تعرفه وتقرره التشريعات الغربية بأمد طويل.

أما بالنسبة للجرائم التعزيرية فتطبق عليها نصوص قانون العقوبات والقوانين الأخرى، بحيث يعاقب على الجريمة طبقاً للقانون النافذ وقت ارتكابها، حسب مفهوم الفقرة الأولى من المادة ١٢ من قانون العقوبات الاتحادي.

والمتتبع لأحكام المحاكم في دولة الإمارات عموماً وللحكم موضوع مشروع القرار على وجه الخصوص يشهد بالتزام المحاكم بما تم بسطه من نصوص قانونية متعلقة بمبدأ الشرعية الجنائية.

٣- من الضمانات التي أوردتها المعاهدة، هو عدم جواز تطبيق عقوبة الإعدام على من هم دون الثامنة عشرة من العمر وقت ارتكاب الجريمة.

وهذه الضمانة قررتها قوانين دولة الإمارات كذلك، حيث تستبعد المادة ٩ من قانون الأحداث الجانحين والمشردين الاتحادي عقوبات الإعدام والسجن والعقوبات المالية من بين العقوبات الجائز تطبيقها على من هم دون الثامنة عشرة من العمر.

والتطبيق القضائي في دولة الإمارات على وجه العموم وماقرره الحكم موضوع مشروع القرار، ملتزم بهذه الضمانة وبالنصوص القانونية التي قررتها في دولة الإمارات.

٤- تنص الضمانة الرابعة على أن إدانة شخص ومعاقبته بعقوبة الإعدام لاتكون إلا بناءً على أدلة كافية وصحيحة ومقنعة، بحيث تستبعد أي احتمالية لخطأ الحكم في الإدانة و توقيع العقوبة.
وحيث إنه من المعلوم بأن الشريعة الإسلامية دون غيرها من الشرائع الوضعية والسماوية تشدد في الإثبات وخصوصاً فيما يتعلق بإثبات الجرائم المعاقب عليها بالإعدام.

وإذ أن جريمة الحرابة التي تصدى لها الحكم موضوع مشروع القرار المذكور هي من الجرائم التي تعاقب الشريعة الإسلامية على بعض صورها بعقوبة الإعدام، وتلتزم المحكمة بتطبيقها عملاً بنص المادة الأولى عقوبات بالشروط التي تتطلبها الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالجريمة وإثباتها، فإن الإدانة عن هذه الجريمة وغيرها من الجرائم المعاقب عليها بالإعدام تكون من قبل القضاء في الإمارات بناء على الأدلة المتطلبة شرعاً لذلك.

وعليه نستطيع القول بالتزام الدولة بهذه الضمانة وتشددها في تطبيقها بمقدار تشدد الشريعة الإسلامية في إثبات الجرائم المعاقب عليها بالإعدام.

٥- والضمانة الخامسة تنص على عدم جواز تنفيذ عقوبة الإعدام إلا بعد صيرورة الحكم باتاً وذلك باستنفاد جميع طرق الطعن في الأحكام المقررة قانوناً.

والدارس للتشريع الإجرائي الإماراتي يجد أنه متشدد في تطبيق هذه الضمانة والحد منها، حيث تقرر المادة ٢٥٣ من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٢م بأن الحكم الصادر بعقوبة الإعدام مطعون فيه بالنقض وموقوف تنفيذه لحين الفصل في الطعن فيه.

ومفاد هذه المادة أن الحكم الصادر بالإعدام مطعون فيه بقوة القانون، ويجب عرضه على المحكمة العليا سواء طلب المحكوم عليهذلك أم لم يطلب، وسواء طعن المحكوم عليه في الحكم أو لم يطعن، ذلك أن النيابة العامة مكلفة قانوناً بالطعن في الحكم المقرر لعقوبة الإعدام.

أما عن تطبيق هذا النص على الحكم الذي أثيرت حوله الشبهات الواردة بمشروع القرار، فقد تم فيه الطعن بالاستئناف كما وطعن فيه بالنقض، حيث أصدرت دائرة النقض الجزائية بالمحكمة الاتحادية العلياحكماً بتأييد قضاء من سبقها من المحاكم وذلك بإدانة المحكوم عليهم بعقوبة الحرابة ومعاقبتهم عنها.

٦- الضمانة السادسة تتناول ضرورة أن يقوم بالدفاع عن المتهم بجريمة عقوبتها الإعدام محام مرخص لذلك.

وحيث إن هذه الضمانة مقررة قانوناً في دولة الإمارات وتلتزم بها المحكمة كذلك، وهذه الالتزام ظهر جلياً من مدونات الحكم موضوع مشروع القرار، حيث كلفت وزارة العدل محامين للدفاع عن المتهمين تدفع أتعابهم

ومصاريفهم من خزينة الدولة.

بعد هذا العرض الموجز للضمانات ومدى التزام دولة الإمارات تشريعاً وقضاءً بها، يتبين للقارىء المنصف، أن ماأثير من شبهات واتهامات في مشروع القرار لاتتعدى إلا أن تكون إظهاراً لكراهيةعدو أو مؤامرة حاقد.

أما من ناحية تطبيق عقوبة الإعدام في بعض الجرائم الخطيرة والتي من بينها جريمة الحرابة فإنها عقوبة شرعية توجبها أحكام الشريعة الإسلامية، ولامناص من تطبيقها سواء حُسم النزاع الدائر حولها لمصلحة مؤيديها أو معارضيها.



بسم الله الرحمن الرحيم

الإعدام في الحرابة
المسقطات والضمانات في ضوء القانون الدولي لحقوق الإنسان

للأستاذ الدكتور هشام محمد فريد
أستاذ القانون الجنائي بكلية الشريعة والقانون

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين .

الإخوة الكرام:

نعلم، كمسلمين، أن الإسلام ليس للمسلمين فحسب وليس للدول الإسلامية فحسب، وليس لليوم دون الغد. وإنما الإسلام والشريعة لكل زمان ومكان. وهذا مايلقي علينا مسؤولية كبرى في أن نصل برسالتنا إلى الآخرين وإلى قناعة الآخرين. ولبلوغ هذا الهدف علينا أن نستعين بلغة في الخطاب يفهمونها وبالإقناع بالعقل في إطار حوار بالحسنى والمنطق وكبرياء الدين وكبرياء العلم، وفي احترام كامل للرأي الآخر، قائم على مقارعة الحجة بالحجة، ومصارعة الفكرة بالفكرة.

لو امتلأنا بانفسنا، واكتفينا بها، وتحدثنا بخطاب لايفهمه غير المسلم، فإننا نكون بهذا قد قصرنا في أوجب واجباتنا، وهو نَشْرُ الإسلام السمح عبر المسلمين والدول الإسلامية إلى بقية البشر في سائر البلدان.

والحوار، الذي نبدأه في هذه الندوة، هو في هذا الطريق والمنحى، لإثارة

فـيه وإنما عـرض علمي نزيه رصين، وصـولاً للحق الذي ليـس لأشخـاصنا تعالياً عليه.

وقـبل أن أعرض لموضـوع هذا اللقـاء، أجـد من الضروري التـشـديد على بضعة أمور أوجزها بما يلي :

١- إن الشـريعة، أي شـريعـة، هي جـزء من نظام حضـاري مـتكامل له تصـوره الشامل للحـياة وله مـيزان القـيم الخاص به وله ترتيب المصـالح الفردية والجـماعيـة القائم على هذا الميزان والمسـتمد من ذلك التـصور. ومن الخطأ العلمي الفادح عـزل حكم تشريعي عن سائر أجزاء البـناء الحضاري الذي انتجه ومحاولة الحكم عليه بموازين حضارة أخرى لها نظرتها وقيمها وترتيبها المختلف للمصالح.

ومـايدفعنا إلى هـذا القول أن الحـملة تشـتد أحـيـاناً على بعض الأحكام الجزئـية في الشـريعة الإسـلاميـة، كما هـو الحال في مـشروع بيـان اتحاد البرلمان الأوربي بشأن حكم القضاء بتوقيع حد الحرابة وتنفيذه في سفاحين أزهقوا أرواح العديديـن للسرقة، والذي يساير اتجاه هـذا الاتحاد في الدعوة، بإصرار، لإلغاء عقوبة الموت.

فإزاء مثل هذه الحمـلات تمضي بعض الأقلام في إيراد تحفظات على هذه الأحكام أو محاصرتها بقيود في الزمان والمكان وشروط عديدة في التطبيق. وهو جهد مشكور، وإن بقي صـحيحاً بعده أن في الشريعة الإسـلامية أحكاماً لايُفهم وجـه العدل والرحـمة فيـها إلا في ضـوء ثوابت العقيـدة الإسلامـية والتصور الإسلامي الشامل للحياة، وماتنطوي عليه هذه الشريعة بفقهها من نظرية عامة متكاملة في التجريم والعقاب.

٢- إن الحدود في الشـريعة الإسلاميـة بما تتضمنه من نهي عن مـقارفة أفعـال معـينة إنما هي قواعـد سلوكيـة تتعلق بما يجب أن يكون علـيه المرء

المسلم في عقيدته وفي علاقته بالغير، وهو سلوك يتم تقويمه في ضوء القيم الثابتة في المجتمع الإسلامي، وما تتضمنه من مثل عليا وما تفرضه من معايير للسلوك. وليس ثمة تناقض بين أن تكون القيم الاجتماعية وماتتضمنه من مثل عليا وما تفرضه من معايير للسلوك مصدرها الله سبحانه وتعالى، وأن تكون في ذات الوقت حاجات تفرزها أوضاع الحياة الاجتماعية نظراً لما تتسم به نظرة الشريعة الإسلامية إلى القيم الاجتماعية من واقعية.

٣- إن الشارع الأعلى فرض العقوبات الحدية لجرائم يرى أنها موجهة للمجتمع في صميم ضرورياته. ولذلك راعى فيها أن يكون الدفاع عن المجتمع والمنع العام هما الأساس. والضروريات التي تتعلق بها الحدود لابد منها لحياة الناس وإلا اختل كيان المجتمع. وما حد المحاربة إلا مثال. فالحرابة، من هذه الوجهة، استخفاف بسلطات الدولة وتهديد لأمنها ينطوي على معانٍ ثلاثة :

التمرد على الولاية العامة والخروج على الحكام، الاتفاق الجنائي في بعض الأحيان، والمجاهرة بالإجرام بما يهدد الأنفس والأموال والحرمات. فهي، في الإجمال، ترويع لأمن المجتمع واعتداء على جميع القيم التي يحميها الإسلام. ومن هنا كان مبرراً ومفهوماً أن يكون من بين الوظائف النفعية لحد الحرابة وظيفة الاستئصال ووظيفة الإقصاء في الأحوال التي لايجدي فيها الردع ويتحقق فيها اليأس من إصلاح الجناة. ويبدو اهتمام الشارع الأعلى بالتحقق من فقدان الرجاء في إصلاح الجاني في هذه الجريمة قبل توقيع الحد عليه من إسقاط حد الحرابة بالتوبة اللاحقة على الجريمة متى كانت قبل القدرة عليه. ولن يتوب إلا من هو قابل للإصلاح. وبقيت عنده بقية من

ضمير.

وفي ضوء ماسلف بيانه يمكننا التعرض لفحوى مشروع قرار اتحاد البرلمان الأوربي بغرض بيان أبعاده وتقييمه من خلال نقاش علمي نزيه.

من مطالعة هذا المشروع يبين أنه يدور حول محور مبناه الدعوة لإلغاء عقوبة الإعدام وإبدالها بالسلب المؤيد للحرية تذرعاً بانتهاك عقوبة الإعدام لحق الإنسان في الحياة.

وقبل أن نتعرض لهذه المقولة، تجدر الإشارة إلى أنه من المعلوم لسائر المتخصصين في قانون العقوبات والإجراءات أن ثمة خلاف في الرأى على المستوى العالمي حول مشروعية وجدوى عقوبة الإعدام. فيدافع عن بقائها فريق، ويطالب بإلغائها فريق، على الرغم مما تكشفه الإحصاءات الجنائية العالمية، لاسيما في غير الدول الإسلامية، من تصاعد مطرد في مد الإجرام، وعلى الأخص في جرائم القتل. ففي دراسة حديثة أجريت لتحليل وتفسير الإحصاءات الخاصة بالجريمة في أربع دول إسلامية هي (مصر وسوريا وأندونيسيا وماليزيا) ومقارنتها بنظيراتها في أربع دول غير إسلامية هي (إسرائيل واليونان والفلبين وسنغافورة) وُجد أنه فيما يخص جرائم القتل والاعتداءات الخطيرة والسرقات، أن المعدل في الدول الإسلامية يقل عنه في الدول غير الإسلامية[1] .إلا أن الدعوة إلى إلغاء عقوبة الإعدام لازالت قوية لما يتميز به أصحابها من إصرار غير عادي عليها بغض النظر عما قد يتوفر لحججهم من قوة وما قد يتسم به منطقهم من صحة.

---

(١) قُدمت للمؤتمر الدولي الحادي عشر لعلم الإجرام الذي عقد في بودابست(المجر) في الفترة من ٢٢-٢٧ أغسطس ١٩٩٣.

وتبدو مؤتمرات الأمم المتحدة التي تعقدها دورياً لمنع الجريمة ومعاملة المذنبين ساحة مواتية يحرص أنصار الدعوة لإلغاء عقوبة الإعدام إلى استغلالها مؤخراً لاستصدار قرار بذلك لتوافق عليه، من بعد، الجمعية العامة للأمم المتحدة. ففي المؤتمر السادس الذي عُقد في كاراكاس عام ١٩٨٠. جاءت حملة الإلغاء من جانب خمس دول في مقدمتهم السويد وأستراليا اللتان تقدمتا باقتراح إصدار قرار يؤيد الإلغاء إلا أن هذه الحملة أجهضت. وفي المؤتمر السابع الذي عُقد في ميلانو عام ١٩٨٥ جاء بتقرير سكرتارية فرع منع الجريمة والعدالة الجنائية أن " الجمعية العامة للأمم المتحدة ترى حصر الجرائم المعاقب عليها بالإعدام في نطاق ضيق في سبيل إلغاء هذه العقوبة في الدول المختلفة ". وفي المؤتمر الثامن الذي عُقد في هافانا عام ١٩٩٠. أعيدت الكرة ونجح المؤتمرون في اتخاذ قرار بهذا الإلغاء إلا أن الجمعية العامة للأمم المتحدة لم تقره. وفي عام ١٩٩٣ عقد المعهد العالي للعلوم الجنائية بمدينة سيراكوز مؤتمراً دولياً عن عقوبة الإعدام تحت رعاية الجمعيات الدولية الأربع : الجمعية الدولية لقانون العقوبات، والجمعية الدولية لعلم الإجرام، والجمعية الدولية للدفاع الاجتماعي، والمؤسسة الدولية للقانون الجنائي وعلم العقاب. بالاشتراك مع منظمة الأمم المتحدة، ومركز حقوق الإنسان، وقسم منع الجريمة والعدالة الجنائية ومعهد دراسات الدفاع الاجتماعي.

ومما يلفت النظر في هذا المؤتمرات أن اختيار الأعضاء المشاركين تم على نحو يجعل أنصار الرأي المؤيد لعقوبة الإعدام أقلية في نطاق أغلبية تطالب بالإلغاء، مما جعل التقرير العام الذي صدر عن هذا المؤتمر يميل إلى الإلغاء.

وعلى صعيد البرلمان الأوربي، فقد أقر اقتراحاً تقدم به مندوب بريطانيا في إبريل ١٩٨٠. طالب فيه دول مجلس أوربا أن تلغى عقوبة الإعدام " احتراماً

لكرامة الإنسان وإنقاذاً للحياة الإنسانية". وهو ما أخذ به مع اعتماد البرتوكول السادس بشأن إلغاء عقوبة الإعدام الملحق بالاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية عام ١٩٨٣ والذي دخل حيز النفاد بين أطرافه من الدول الأوربية في ١١ مارس ١٩٨٦.

ومفاد ماسلف أن دعوة مشروع قرار اتحاد البرلمان الأوربي دولة الإمارات العربية المتحدة، التي عبر عنها خطأ بحكومة أبوظبي، " لعدم تطبيق عقوبة الموت وإبدالها بالحكم المؤبد" حسبما جاء به، إنما تأتي في إطار الحملات المستمرة التي يقودها أنصارها في سعيهم الدائب لإقرارها. وهذه الدعوة، من الوجهة العلمية المنصفة، وبعيداً عن الأغراض السياسية التي قد تقف خلفها، خليقة بالرفض لتهافت حججها الفلسفية والاجتماعية والقانونية والدينية على النحو التي تبسطه مؤلفات علم العقاب في العالم العربي والإسلامي، ومن بينها مؤلفنا، وهو تهافت حدا بثلاثة أرباع دول العالم إلى أن تُبقي على عقوبة الإعدام مقررة في قوانينها الجنائية.

وفيما يتعلق بحق الإنسان في الحياة وعلاقة صاحبه بإلغاء عقوبة الإعدام، نشير إلى أن الاتفاقية الدولية الخاصة بحقوق الإنسان المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦ والتي بدأ نفاذها في ٢٣ مارس ١٩٧٦، والتي تأتي في مقدمة الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان التي عقدت في إطار الأمم المتحدة، مع اعترافها في المادة ٦/ ١ بأن لكل إنسان الحق الطبيعي في الحياة وتأكيدها على حماية القانون لهذا الحق وعدم جواز حرمان أي فرد من حياته بشكل تعسفي، قررت في البند الثاني منها أنه "يجوز إيقاع حكم الموت في الأقطار التي لم تلغ فيها عقوبة الإعدام بالنسبة لأكثر الجرائم خطورة فقط طبقاً للقانون المعمول به وقت ارتكاب الجريمة ولايجوز تنفيذ هذه

العقوبة إلا بعد صدور حكم نهائي صادر عن محكمة مختصة".

ونص البند الخامس على أنه " لايجوز فرض حكم الموت بالنسبة لأشخاص تقل أعمارهم عن ثمانية عشر عاماً كما لايجوز تنفيذه بامرأة حامل".

ومن ذلك يبين أنه ليس من حقوق الإنسان عدم الحكم بالإعدام في الجرائم إذا كانت قوانين الدولة لم تلغ هذه العقوبة، ومالحقه في الحياة من حماية يتمثل في التزامين يقعان على عاتق السلطة الحاكمة:

أولهما : عدم الاعتداء على هذا الحق من جانبنها. فلا يجوز حرمان أي فرد من حياته بشكل تعسفي كما تنص المادة ٦ / ١، أي على خلاف القانون وفي غير ضرورة.

وثانيهما: منع اعتداء الغير على هذا الحق حماية له مع توقيع الجزاء على المعتدي.

والنتائج السابقة هي ذاتها التي تستنتج من مطالعة نص المادة الثانية من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان لعام ١٩٥٠ قبل اعتماد البروتوكول السادس المشار إليه سلفاً، وكذا المادة الرابعة من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لسنة ١٩٦٩.

ومن المنظار الإسلامي، وقبل هذه الاتفاقيات، فإن لحياة الإنسان قيمة عظمى، والأصل فيها أن تحفظ وأن تُصان، وأن يحترم وجودها. وفي المأثور من الحديث النبوي الشريف نصوص كثيرة تدل على تقديس الحياة البشرية والقيمة العظمى للدم الإنساني، حتى ليصور الرسول صلى الله عليه وسلم في بعضها من يرتكب جريمة القتل بمن يرتكب عمل يعادل في جسامته ومفعوله فناء الكون المنظور من أساسه وذلك حين يقول : " لزوال الدنيا

أهون على الله من قتل رجل مسلم".

ومن هذا تنطلق حقيقة حصر الشريعة الإسلامية نطاق عقوبة الإعدام في أضيق نطاق ممكن، إذ فرضها الشارع الأعلى، وهو مانح الحياة للبشر، في أكثر الجرائم خطورة على المجتمع الإسلامي وهي القتل العمد وزنى المحصن والحرابة. قال عليه الصلاة والسلام: " لاتؤخذ النفس إلا بإحدى ثلاث: من قتل نفساً فيقتل، ومن زنى بعد إحصان فيرجم، ومن خرج على طاعة الإمام يحارب الله ورسوله فيقتل أو يصلب". ويزداد هذا النطاق ضيقاً نزولاً على إسقاط الإعدام الحدي في الحرابة بالتوبة قبل القدرة، وإسقاط الإعدام قصاصاً بالعفو والصلح. وفي خصوص الحرابة، وبعد أن عدد الشارع الأعلى عقوباتها ومن بينها الإعدام استثنى الذين تابوا من المحاربين قبل القدرة عليهم فقال تعالى: ﴿ إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم﴾.

وإزاء ذلك، لايغدو صحيحاً ما ورد بمشروع اتحاد البرلمان الأوربي البند (هـ) من أنه يعرب عن قلقه الجسيم تجاه التشكيلة الواسعة من الجرائم التي تستحق عقوبة الإعدام (استناداً لتقارير منظمة العفو الدولية ومراقبة حقوق الإنسان). فنطاق الإعدام في الحدود والقصاص على ما بينا بالغ الضيق، وفي الجرائم التعزيرية المقننة وفقاً لقانون العقوبات الاتحادي رقم٣ لسنة ١٩٨٧ لايختلف هذا النطاق عن نظيره في ثلاثة أرباع دول العالم التي تبقي في قوانينها على عقوبة الإعدام. وإذا كان يؤخذ على عقوبة الإعدام المقررة لبعض الجرائم أنها قاسية، فإن المشرع الإماراتي لم يجعلها عقوبة إلا للجرائم التي تفوق الإعدام فظاظة وقسوة، متوخياً عدالة توقيعها بما يجعل شدتها، في جوهرها، حزماً وفاعلية في مكافحة الإجرام. ومن

المنظور القانوني المجرد، لايمكن اعتبار عقوبة الإعدام قاسية وغير إنسانية ومهينة حسبما تؤسس منظمة العفو الدولية حملة على هذه العقوبة لهذا السبب. فحظر إخضاع أي فرد للتعذيب أو لعقوبة أو معاملة قاسية أو غير إنسانية أو مهينة حسبما نصت الاتفاقية الدولية الخاصة بحقوق الإنسان المدنية والسياسية في مادتها السابعة أو الحظر المماثل الذي أوردته اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهنية التي اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠ ديسمبر ١٩٨٤، مثل هذا الحظر لاتدخل عقوبة الإعدام في نطاقه. آية ذلك أن هذا الحظر، وقد جاء بالمادة السابعة من الاتفاقية، فإنه يعني أن واضعي الاتفاقية كانت تحت نظرهم المادة السادسة التي تجيز الحكم بالإعدام ولم يستثنوا هذا الحكم منها، ومن ثم فهم يرون أن الحكم بالإعدام في الإجرام الخطير لايعتبر من قبيل إخضاع الشخص للتعذيب أو لعقوبة قاسية أو غير إنسانية أو مهينة. أما الاتفاقية الثانية فقد أخرجت من مفهوم التعذيب وضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة " الألم أو العذاب الناشىء فقط عن عقوبات قانونية أو الملازم لهذه العقوبات أو الذي يكون نتيجة عرضية لها ". حسبما جاء بعجز المادة الأولى منها. وعليه فلا يعتبر من قبيل التعذيب عقاب مجرم بالطريق القانوني المقرر.

وإذا كنا نقول نعم لعقوبة الإعدام مع التشريع الإسلامي الذي ينظر إلى هذه العقوبة من زاوية إيجابية منطلقها حماية المجتمع وصيانة القيم الأساسية فيه، وإذا كنا نؤكدها أيضاً باعتبار أن النص القرآني الذي يفرضها دخل في أعماق المسلمين، فإن الحل الذي قد ترتضيه مجتمعات أخرى مغايرة في أوضاعها ومعطياتها وإن كان ملائماً لها إلا أنه لايمكن تطبيقه في مجتمعنا وبشكل آلي وبصورة تلقائية. فمع تغاير المصالح من دولة إلى

أخرى تبعاً لظروف الزمان والمكان والعصر والأفكار السياسية والفلسفية والدينية التي تقننها الدولة تتغاير أيضاً السياسة الجنائية بفروعها الثلاثة المتعلقة بالتجريم والعقاب والمنع والوقاية.

غير أنه في نفس الوقت الذي تقر فيه عقوبة الإعدام، فإن أقصى درجات الضمانات يجب أن تؤمن للذين يواجهون هذه العقوبة. ومن هذه الوجهة الأخيرة أقر المؤتمر السابع للأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المنعقد في ميلانو عام ١٩٨٥ مجموعة من الضمانات التي تكفل حقوق الذي يواجهون عقوبة الإعدام، وكان المجلس الاقتصادي والاجتماعي قد اعتمد هذه الضمانات قبل عرضها على مؤتمر ميلانو. وإذا كنا سنعرض هذه الضمانات ونبين موقف الشريعة الإسلامية منها، إلا أن ذلك لايعني على الإطلاق حمل أحكام الشريعة وفقهها لندور به على كل مستحدث في محاولة تقريبه إليه واستجلاب الفخر من الانتساب له.

فهذا المستحدث إن أفاد مجتمعنا الإسلامي فبها، وإن تعارض معه فإن في شريعتنا الغراء وتراثنا ما يغني عن التعلق به. وبعد هذا الاستدراك، نجد أن سائر الضمانات المنوه عنها مكفولة في المجتمع الإسلامي، وتتمثل الضمانات المشار إليها فيما يلي :

١- لايجوز فرض عقوبة الإعدام إلا في أكثر الجرائم خطورة التي تسفر عن نتائج مميتة أو غير ذلك من النتائج بالغة الخطورة. وفي هذا الصدد أسلفنا أن عقوبة الإعدام غير مقررة في عالمنا المعاصر إلا لأشد الجرائم خطورة على المجتمع وأفراده. وهي في الشريعة الإسلامية عقوبة مقررة لجان أزهق روحاً أو أرواحاً عدة أو أعدم نسلاً وقطعه في زنى محصن أو هز أمن المجتمع كله وغالب على الأعراض والأموال والأنفس في حرابة.

٢- لايجوز فرض عقوبة الإعدام إلا في حالة جريمة ينص القانون وقت ارتكابها على أن عقوبتها الإعدام، على أن يكون مفهوماً أنه إذا أصبح حكم القانون يقضي بعد ارتكابها بفرض عقوبة أخف فللمجرم الحق في الاستفادة من ذلك.

٣- لايجوز الحكم بالإعدام إلا بناءً على جزم ويقين قائمين على دليل واضح ومقنع لايدع مجالاً لزي تفسير بديل للوقائع. «ادرأوا الحدود بالشبهات ما استطعتم».

٤- المحاكمة العادلة والمحكمة المختصة التي يتوافر لها الاستقلال والجدة، شرطان يستلزمهما الإسلام. في كل حكم بالإدانة والعقوبة، وفي مقدمته الحكم بالإعدام.

بسم الله الرحمن الرحيم

البيان
الختامي الصادر عن الندوة

قال الله تعالى : ﴿ إن الحكم إلا لله يقص الحق وهو خير الفاصلين﴾ ٠
وقال سبحانه: ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون﴾ ﴿الظالمون﴾ ﴿الفاسقون﴾ ٠
وقال عزشانه:﴿ ولن ترضى عنك اليهود ولا النصارى حتى تتبع ملتهم، قل إن هدى الله هو الهدى، ولئن اتبعت أهواءهم بعد الذي جاءك من العلم مالك من الله من ولي ولانصير﴾ ٠

وبعد : من منطلق الدفاع عن الحق، ومناصرة العدل، والمنافحة عن حياض هذا الوطن الغالي، والأخذ على العاتق بواجب الذود عنه في مواجهة أي محاولة للتشكيك في إرسائه لقواعد العدالة والحكم بالقسطاس المستقيم، قرعاً للحجة بالحجة ﴿ بل نقذف بالحق على الباطل فيدمغه فإذا هو زاهق، ولكم الويل مما تصفون﴾ ٠ هذا الوطن، الذي يعتصم بالدستور الإلهي المنزه عن أن يأتيه الباطل من بين يديه أو من خلفه تنزيل من حكيم خبير، ويتخذه له حاكماً؛ إذ دينه الإسلام، ودستوره القرآن، وشريعة الله فيه حاكمةٌ لامحكومة أو محاكمة، في ظل قيادة رشيدة لصاحب السمو الشيخ زايد بن سلطان آل نهيان -حفظه الله تعالى- رئيسٍ دولة الإمارات العربية المتحدة، والذي رسَّخ مبادىء العدل المستمد من أحكام الشريعة المحمدية والتي لايقبل عنها حياداً ولامساومةً، ولا مداراةً أو مداورةً٠

وحيث إنه قد صدر عن قضاء دولة الإمارات العربية المتحدة في الآونة الأخيرة حكم بإنزال عقوبة القتل والصلب بحق اثنين من عتاة المجرمين لارتكابهما جريمة الحرابة والإفساد في الأرض وقتلهما ستة أشخاص أبرياء من جنسيات مختلفة بطريقة وحشية مروعة بعد استدراجهم بالخداع والإكراه وانتحال صفة رجال الأمن وسلب مابحوزتهم من الأموال.

وقام البرلمان الأوربي باستنكار هذا الحكم واعتبره منافياً لحقوق الإنسان.

فقد عقدت كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة بتاريخ ٢٨/١٠/١٩٩٧ندوة حول هذا الموضوع تحت عنوان «**البيان الأوربي وحد الحرابة في الفقه الإسلامي**» برئاسة الأستاذ الدكتور محمد المرسي زهرة - عميد كلية الشريعة والقانون. وقد شارك فيها السادة: الأستاذ الدكتور محمد رأفت عثمان- رئيس قسم الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، والأستاذ الدكتور هشام محمد فريد رستم- أستاذ القانون الجنائي بكلية الشريعة والقانون، والسيد الدكتور بطي سلطان المهيري- مساعد عميد كلية الشريعة والقانون لشؤون البحث العلمي، وفضيلة الأستاذ سومي زيدان- القاضي بمحكمة العين الشرعية. وانتهت الندوة إلى أن الحكم المشار إليه حكم شرعي سليم ومقتضى الحق والعدل، وأن تلك الجريمة التي استوجبته ينطبق عليها وصف الحرابة بلا ريب وبخاصة طبقاً للاجتهاد المالكي، لما فيها من أخذ مال الغير بالمغالبة والمخادعة على وجه تعذر معه الغوث بالإضافة إلى القتل والترويع.

وجريمة الحرابة إحدى جرائم الحدود التي احتفل الشارع بأمرها وتولى

تقديرها والفصل فيها ولم يتركها لاجتهاد المجتهدين باعتبارها فواصل خطيرة بين الخير والشر ولكونها أشد الجرائم هولاً وأفتكها بالمصالح الحيوية للمجتمع وتمثل اعتداء صارخاً على حمى الفضائل والأخلاق والأمن الاجتماعي العام مما تستدعي الصرامة والحزم في المعالجة العقابية ولاينظر فيها إلى شخصية المجرم ودوافعه أو عواطفه وظروفه متى قامت الأدلة وانتفت الشبه.

وقد أحاط الإسلام هذه الحدود -بمافي ذلك حد الحرابة وكذا القصاص- بسياج من الضوابط والشروط العديدة وقرر درءها بالشبهات قدر الإمكان مما يضيق من نطاق إثباتها إلى أضيق الحدود، وتبقى تخويفاً نفسياً أكثر منه تطبيقاً حسياً، ويعتبر تطبيقها في الحالات النادرة نوعاً من التضحيات الضرورية لخدمة المجتمع وسلامته وصيانة الأرواح والأموال.

والحرابة سلوك إجرامي خطير فيه خروج على نظام المجتمع ومساس بهيبة الحكم ونقض لعهد الله عز وجل وإشاعة للذعر والخوف، وهي وعاء إجرامي لشتى الجرائم التي تعتمد على القوة الغاشمة والاتفاق الجنائي على ارتكاب النشاط الإجرامي الذي يهدد مصالح الناس في أنفسهم وأعراضهم وأموالهم.

ولما كانت إطاراً إجرامياً قد تتعدد فيه الجرائم وتتفاوت تنوعت عقوبتها في الشريعة وتعددت، قال تعالى: ﴿إنما جزاءُ الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يُقتلوا أو يُصلبوا أو تُقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو يُنفوا من الأرض ..... الآية﴾.

وقد ذهب جمهور العلماء، سواء من قال: إن العطف في الآية للترتيب أو

للتخيير في إطار النص، إلى أن المحارب إذا جمع بين القتل وأخذ المال فإن عقوبته القتل والصلب٠

والشريعة الإسلامية إذ تفرض هذه العقوبة الصارمة فإنما تفرضها بحكم الضرورة وسيلة لردع المفسدين وتقليم أظافرهم وحماية المجتمع من شرورهم، فالعقوبة من هذا المنطلق ظاهرها عذاب وباطنها رحمة وإحسان، وقوامها العدل والحزم، ومقصدها تثبيت النظام وتوطيد الأمن والاستقرار واستئصال الشرور ولو بتطبيق عقوبة القتل والقتل أنفى للقتل٠

وهذه العقوبة، فضلاً عن أنها شرع الله تعالى الذي لاياتية الباطل من بين يديه ولامن خلفه، قد توافر فيها ضوابط العقاب السليم من التناسب مع حجم الجريمة وآثارها الاجتماعية الضارة والخطيرة، وهي أقرب إلى جنس الجريمة وأدنى إلى المعاملة بالمثل، ولاتخرج عن حدود مصلحة الجماعة وحاجتها، وتتحقق فيها القوة الردعية والكفاية الزجرية بحيث لو وازن الإنسان بين ما يحققه من مصلحة في ارتكاب الجريمة ومايلحقه من ضرر العقوبة لوجد أن ضرر العقوبة أعظم فيعدل عنها اختياراً لأهون الشرين وأعظم المصلحتين٠

وليس في هذه العقوبة منافاة لحقوق الإنسان وكرامته ولامجافاة للتحضر المزعوم، إنما هي عين العدل والصواب، لأن حق المجتمع أولى بالرعاية والاحترام والمجرمان المذكوران آنفاً هما اللذان جنيا على أنفسهما وبدآ بالقسوة على ضحاياهما، والبادىء أظلم، وحق الإنسان وكرامته لايحصنه ضد العقاب الذي يستحقه وأن التسامح في مثل هذه الحالة هو عين القسوة والظلم للمجتمع، لأنه تساهل مع الانحراف والفساد٠

إن حق الإنسان في هذه القضية يكمن في المحاكمة العادلة، وتطبيق إجراءات التقاضي السليم، وهو ماتوافر على أكمل وجه في محاكمة ذينك المجرمين حيث تمت محاكمتهما علانية وتحت رقابة كاملة من الجمهور ومن وسائل الإعلام المختلفة وأخذ الحكم دورته القانونية الكاملة عبر مراحل التقاضي الثلاث مع توفير المحامين المقتدرين للدفاع عنهما في مختلف مراحل الحكم، وقد تمت إدانتهما بالاعتراف الطوعي وقاما بتمثيل الجريمة وأرشدا إلى موضع دفن ضحاياهما٠

قال تعالى:﴿ وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقاً لما بين يديه من الكتاب ومهيمناً عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله ولاتتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكلٍ جعلنا منكم شرعةً ومنهاجاً﴾٠

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين؛؛؛



وقائع
ورشة عمل

«الأسلوب الأمثل
لمقارنة الفقه الإسلامي بالتشريعات الوضعية»

والتي نظمها

قسم المعاملات بكلية الشريعة والقانون

جامعة الإمارات العربية المتحدة

يوم السبت ١٩٩٨/٣/٧م



وقائع الورشة:

- تقديم الدكتورجاسم علي سالم الشامسي
  أستاذ قانون المعاملات المدنية المساعد، ورئيس قسم المعاملات بالكلية.
- ورقة الأستاذ الدكتور عبدالسميع عبدالوهاب أبو الخير
  أستاذ قانون المعاملات المدنية بالكلية.
- المناقشة.



أولاً : التقديم:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فنبدأ ورشتنا -بعون الله تعالى وتوفيقه- والتي ينظمها قسم المعاملات، وموضوعها «الأسلوب الأمثل لمقارنة الفقه الإسلامي بالتشريعات الوضعية».

ومعلوم أن كلية الشريعة والقانون قد بدأت منذ وضع خطتها الدراسية الجديدة والمستمرة حتى اليوم، بانتهاج الدراسة المقارنة المزجية بين الفقه الإسلامي والمعطيات القانونية. وقد قطع قسم المعاملات شوطاً في وضع مفترضات هذه الخطة موضع التطبيق، ويظهر ذلك واضحاً سواء في مؤلفاته أو في طرق تدريسه لمساقاته.

والآن، وبعد مرور كفاية من الزمن وتبلور الفكرة القائمة على فلسفة الكلية بشكل أوضح، أراد القسم أن يطرح بعضاً من الأفكار أو وجهات النظر التي توصل إليها، علاوة عن خبراته في مسألة المقارنة والمزج بين الشريعة الإسلامية والتشريعات. واختار البداية بموضوع هذه الورشة، ليقدمه الأستاذ الدكتورعبدالسميع عبدالوهاب أبو الخير. في شكل ورقة عملوسنفتح الباب - إن شاء الله تعالى- للمناقشة عقب عرض ورقة العمل، كل ذلك بحضور سعادة عميد الكلية الأستاذ الدكتور محمد المرسي زهرة، والأساتذة الأفاضل من المشاركين معنا والذين يهمهم أمر الكلية، إضافة إلى الطلبة.

ثانياً: ورقة العمل:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، وصلِّ اللهم وسلم وبارك على نبينا وسيدنا محمد صلى الله عليه وأصحابه ومن سلك طريقهم ونهج نهجهم إلى يوم الدين.

أما قبل، فأود بداية أن أعبر عن بالغ سعادتي بهذا اللقاء، وتنبع هذه السعادة من أمرين:

أولهما: أن كلية الشريعة والقانون يمثل هذا اللقاء معلماً من معالم جهدها المتواصل، وعطائها المتجدد. وحقيقة أن كلية الشريعة والقانون تمثل قلب الجامعة ولسانها، وما من شك في أنه ليس ثمة وجود لجسد لا قلب له، ولا لسان معه.

وثانيهما: أن هذا اللقاء يحاول الوصول إلى المنهج الأرشد في بحث قضية من قضايانا الفكرية المعاصرة وهي تطبيق الشريعة الإسلامية من خلال منهج فكري وتنظيمي، يستمسك بثوابتنا الفكرية الإسلامية من ناحية، ويسعى إلى الاستفادة بما لدى غيرنا مما يناسب ظروفنا من ناحية أخرى. ومن هذا المنطلق فإن هذا اللقاء يعلو ويحلو ويغلو، أما أنه لقاء يعلو فلأنه لقاء يستهدف البحث عن ذاتنا وهويتنا، وهل هناك في الحياة مايعلو على استرداد الإنسان لذاته وبخاصة في بعض المجتمعات العربية التي ضل بها الطريق، وهاهي تحاول أن تستهدي بالطريق الأرشد بعد طول غفلة وطول ضياع. وأما أن هذا اللقاء يحلو فلأنه لقاء بإخوة أعزة يجمعهم همٌ مشترك هو همُ البحث في علة من عللنا الفكرية المعاصرة وهي الغربة الثقافية في المجال القانوني. وأما أنه لقاء يغلو فلأنه لقاء يستنشق عَبقَ الماضي ويستمطر شآبيب رحمة على أيام خلون، كانت فيها أرض العروبة محصنةً بثوابت الفكر الذي لايولّي وجهه إلا شطر الكتاب والسنة تطبيقاً على النفس ودعوة

إلى الغير.

وأستاذنكم بداية في مقدمات ممهدات للدخول في صلب موضوعنا، وتتمثل هذه المقدمات فيما يلي:

أولاً: إن فقهاء القانون الوضعي يقررون -بحق- أن القانون هو مرآة البيئة التي ينعكس عليها واقع المجتمع الذي ينظم القانون شؤونه، ومن ثم فإنه كلما كان القانون تعبيراً عن إرادة الجماعة، وصدى لشعورها، وانعكاساً لحضارتها وفكرها، كلما كان أقرب إلى التطبيق الاختياري بل والتقديس لنصوصه. وما من شك في أن ذلك يمثل المصدر الأول لقوة القانون وهيبته. والعكس صحيح تماماً، كلما كان القانون غير معبر عن إرادة الأمة، وغير معبر عن فكرها وشعورها وحضارتها ومقدساتها، كلما لن يكون تطبيقه إلا بالقسر والإجبار، وهنا يفتقد القانون علة وجوده بل ويفتقد هيبته، تلك هي المقدمة الأولى.

المقدمة الثانية: أننا نعيش فترة من حياتنا، أمتنا تعيش فترة من حياتها، يتنادى فيها المصلحون من أبناء الأمة بالحفاظ على ذاتنا العربية، والاستمساك بهويتنا الإسلامية، وما من شك في أن الشريعة الإسلامية جزء من هذه الذات بل هي المعلم الأول لتلك الهوية العربية والإسلامية.

المقدمة الثالثة: أن دعائم الوحدة العربية متعددة، منها الدعامة الاقتصادية، والدعامة الاجتماعية، والدعامة اللغوية، والدعامة السياسية، بيد أن أخطر هذه الدعائم وأعظمها هي الدعامة الفكرية والشعورية للأمة. ومما من شك في أن قلب الوحدة الفكرية يتمثل في وحدة التشريعات، وحدة التشريعات التي تصوغ عقل الأمة ووجدانها، وتصون ذاتها، وترسخ هويتها وتنظم سلوكها على النحو الذي يبتغى من وراء تشريعها. تلك هي

الرسالة التي عمل وجاهد من أجلها الأولون من المسلمين، وفرض على الخلف إن أرادوا أن يكون لهم دور على ظهر هذا الكوكب أن يتابعوا المسيرة.

المقدمة الرابعة والأخيرة: أن الإسلام كلّ لايتجزأ، إذ تتعاون تشريعاته وتنظيماته في سبيل إيجاد المجتمع المسلم والإنسان المسلم، ومن ثم، فإنه يستوي في حتمية التطبيق التشريعات الاقتصادية، والتشريعات الاجتماعية، والتشريعات الثقافية، والتشريعات بالمعنى القانوني الضيق. فكلها تتضافر وتتعاون في سبيل إيجاد شخص له معالم معينة، ومجتمع له معالم معينة. أما أن يُطبق جانب ويُترك آخر، فأخشى أن نكون آنذاك مؤمنين ببعض الكتاب غير مؤمنين ببعضه، وتلك نتيجة نربأ بالمسلمين أن يقعوا فيها إن شاء الله تعالى .

وأما بعد: فالموضوع الذي شرفت بالدعوة إلى الحديث عنه يستهدف إبراز بعض الرؤى حول الطريق المناسب، ولا أقول الأمثل فهذه كلمة ربما جاوزت حجمي، الطريق المناسب للدراسة المقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية. وعقيدتي أن رؤية فكرية واحدة مهما علا كعب صاحبها لن يستطيع الوصول إلى هذه الغاية، إذ أنه لايستطيع أحد أن يدعي احتكار الحقيقة وحده، ومن يدعي ذلك فهو مبطل بلا ريب، اللهم إلا أن يكون تمسكاً بثوابت الكتاب والسنة. ومن ثم فإنه من الأولى أن تتعاون الآراء وتلتقي لتتوحد وتتعاون، تلتقي الآراء لتبدع لا للتعارك وتتهارش وكل يرمي الآخر بما شاء له الهوى أن يرميه به. نعم ليس ثمة مايمنع من أن يكون هناك اختلاف في الرؤى مادام اختلاف تنوع لا اختلاف تضاد على حد قول بعض علمائنا رضي الله عنهم.

أقول إن لقاءنا يستهدف الإجابة عن تساؤل مفاده:

ماهو المدخل الصحيح للوصول إلى تشريع قانوني يستمسك بثوابتنا الفكرية من ناحية، ولايغفل عما لدى الغير من ناحية أخرى في تناسق إبداعي؟

حتى لايضل بي الطريق في الحديث، وحتى تكون حلقاته متصلة ومتناسقة، أرجو أن أعرض للإجابة عن هذا التساؤل من خلال خطوات كل خطوة تسلم إلى مابعدها.

في رأيي أن الخطوة الأولى: تتمثل في ضرورة المقارنة ابتداءً بين مذاهب الفقه الإسلامي ذاته للوصول إلى منازع الاجتهاد وتنوع الآراء ومعرفة الرأي الأليق بحال الناس اليوم والأقوى سنداً تلك مهمة أساسية. لابد أن نبدأ ابتداء بالدراسة المقارنة في داخل الفقه الإسلامي، ومن ثم كانت هذه المادة من عُمد الدراسة في كليات الشريعة، مادة الفقه المقارن. فهذه المادة وهذه الدراسة هي التي تُكوِّن بالباحث ملكة الفقيه، ولذلك قال علماؤنا رضي الله عنهم: من لم يعرف اختلاف الفقهاء فليس بفقيه. ذلك أمر بديهي. لابد من الدراسة المقارنة بين مذاهب الفقه الإسلامي في ذاته ابتداءً للوصول لا إلى فرض رأي ولكن للوصول إلى اختيار أقوى الآراء سنداً وأصلحها للتعامل وفق مايناسب الزمان والمكان والشخص والحادثة. ولكن في رأيي أيضاً -وقد أكون مخطئاً- أن هذه الخطوة لن تؤتي ثمارها إلا إذا وجدت ضمانة أساسية، تتمثل هذه الضمانة في حتمية البعد المطلق والتطليق البائن للتعصب المذهبي، التعصب المذهبي الذي يجمد الفكر ويحجر العقل ويضيق ماوسعه الله تعالى على عباده. وتنطلق ضرورة البعد عن التعصب المذهبي من عدة حقائق تعد مسلمات في نطاق الفكر الإسلامي أولها: أننا -وطبعاً أساتذتنا

وإخواننا أغلبهم من الشرعيين والحمد لله وحتى إخواننا القانونيين ليسوا ببعيدين عن هذا المنحى العلمي- نتعبد كمسلمين بمصدر النص الفقهي لا بالنص الفقهي في ذاته، الحجة في الدليل الشرعي لا في النص الفقهي، تلك قضية مسلمة في نطاق الفكر الإسلامي لايجوز أبداً أن نلتفت عنها أو نولي ظهرنا لها. وثانيها: أن كل فقيه هو من رسول الله صلى الله عليه وسلم، ملتمس، غرفاً من البحر أو رشفاً من الدِّيم، فما قال فقيه أبداً من عندياته، وما قال في دين الله بالهوى والتشهي، فمحال أن يكونوا كذلك وهم النجوم الزاهرة الذين حفظوا لنا فقهنا وتراثنا ومدوناتنا، كلهم من رسول الله صلى الله عليه وسلم ملتمس .

ولذلك فإن إمامنا الشافعي رضي الله عنه يضرب المثل ويقدم الكلمة الخالدة «رأيي صواب يحتمل الخطأ ورأي غيري خطأ يحتمل الصواب»، إنها السماحة الفكرية العالية. أحد الخلفاء كما نعلم أراد أن يحمل الناس على موطأ الإمام مالك في عهده رضي الله عنه فأبى، أبى لعقيدته ويقينه بأن العصمة لله وحده وهي منه لرسوله صلى الله عليه وسلم. إمامنا الشافعي رضي الله عنه حينما زار العراق كما هو معلوم وصلى في مسجد الإمام أبي حنيفة رحمه الله لم يقنت رغم أن القنوت سنة مؤكدة عند الشافعية فلما استُفسر منه: أعدلت عن مذهبك يا إمام؟ قال: لا، ولكني أحترم صاحب هذا القبر وصاحب هذا المكان. إنها السماحة الفكرية العالية التي التفتنا عنها ، واختلقنا معارك وهمية لايمكن أن تؤدي إلى الغاية، وإنما هي تعصب مذهبي لانتاج له إلا التعصب للهوى والبعد عن المنطق الشرعي الدقيق. تلك في رأيي هي الخطوة الأولى اللازمة من وجهة نظري.

الخطوة الثانية: لابد أن نحدد مدلول المصطلح الذي يروج له اليوم من تجديد الفقه الإسلامي، ماهي القضية؟ ما المقصود بالتجديد؟ هل المقصود

بالتجديد هو التبديد؟ هل المقصود بالتجديد هو الهدم؟ فلنحدد بداية مدلول المصطلح من حيث اللغة ومن حيث المضمون.

المدلول اللغوي للمصطلح يقول: إن لفظ التجديد مدلوله ومفاده أنك تحاول تحسين القديم والعودة به أقرب مايكون إلى الحالة التي كان عليها، ولذلك فحينما تقول جددت قصراً فإن ذلك لايعني أبداً أنك هدمته، لايعني ذلك أبداً أنك تقف على أطلاله بعد زوال. ومن ثم فإن الذين يقصدون بالتجديد التبديد لاحديث لنا معهم بإطلاق. كذلك المصطلح الذي شاع اليوم وهو منطق التنوير وعقيدتي أنه منطق تضليل لاتنوير، تضليل عن منطق الله سبحانه وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم. ومن ثم فلا بد أن نحدد ابتداء مدلول المصطلح، ثم نحدد المحاور التي يجب أن ينصب عليها التجديد. ثم لابد من توافر ضمانات معينة حتى تؤتي أيضاً هذه الخطوة أُكلها وثمارها، فما هي أبرز المحاور التي يجب أن ينصب عليها التجديد حتى نكون بحق مجددين وفق منهج الفقه الإسلامي ووفق تعاليمه ووفق رؤيته الفكرية المحددة بضوابطها الموثوقة من خلال كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم؟

في رأيي -وقد أكون مخطئاً- أن المحور الأول من محاور التجديد لابد أن ينصب ابتداءً على تقديم الفقه الإسلامي في أسلوب عصري يفهمه الرجل المعاصر. بعض إخواننا يقول بانه من السهل عليَّ أن أقرأ فرنسي لكن لا أقرأ في المدونات القديمة. هو طبعاً له عذره، كتبت هذه المدونات -صانها الله وحفظها وبارك فيمن دونوها- بلغة يفهمها أهل زمانها، لاتثريب علينا نحن إن قدمنا هذه المدونات وقدمنا أحكام الفقه الإسلامي في أسلوب يفهمه الرجل المعاصر، يفهمه القاضي، المحامي، ممثل النيابة،حتى نستطيع أن نقول هذه بضاعتنا، لاتثريب علينا في ذلك. وفي رأيي أن المصطلح الذي يحلو لي أن

أستعمله هو تقديم الفقه الإسلامي في أسلوب جديد لافي ثوب جديد. ذلك هو المحور الأول الذي يجب أن ينصب عليه الاجتهاد.

المحور الثاني: يجب أن نتعرف على ماسبقنا إليه غيرنا في مجال الفتوى والتشريع، في محدثات الأمور ومحدثات الوقائع التي لانجد لعلمائنا السابقين فيها رأي، إما لأنها لم تحدث في عصر المجتهدين وإما لأنها وقعت بعد أن اعتقل الفقه الإسلامي داخل الزوايا والمساجد بحيث لا يبرحها إلى نطاق الحكم والتشريع، ربما هذا، ولكن لاتثريب علينا إن انتفعنا بما لدى غيرنا شريطة أن لايتعارض مع ثوابتنا، وأن نصبغ عليه هويتنا .

المحور الثالث: فيما يبدو لي، الذي يجب أن ينصب عليه الاجتهاد، لابد أن نقدم للعالم بعض تراثنا الفكري الثقافي الفقهي. حكى لي أحد الأساتذة الأفاضل أن بعضاً من زملائنا عندما يذهبون إلى فرنسا تقتصر مهمتهم على مجرد ترجمة بعض الأجزاء من المدونات الفقهية الشرعية، والرجل الفرنسي في حاجة إلى أن يعرف الجديد، هذا هو الجديد بالنسبة له، وطبعاً هذا الأسلوب موضع استنكار في حد ذاته وهو الاقتصار على الترجمة، ولكن لابد أن نقدم إلى العالم بعض مالدينا من كنوز، وثقتي وعقيدتي إن شاء الله تعالى أننا إذا استطعنا ذلك فسيجد مشرعو العالم العربي ومثقفوه وفلاسفته أن لدينا مايوفق بين الدين والعقل، أن لدينا مايجمع بين الروح والمادة، أن لدينا مايجمع بين الدنيا والآخرة، أن لدينا مايجمع في تناسق مبدع وفي مواءمة مطلقة بين حقوق الفرد ومصلحة الجماعة. لابد أن نقدم للعالم بعض تراثنا، والعالم معذور أن ينظر إلينا بنظرته تلك، لأننا حتى الذهب الذي بين أيدينا لم نستخرجه، أعني به التشريعات الفقهية. فلا بد أن نقدم للعالم بعض مالدينا حتى نقول للدنيا كلها هاكم كتابنا فاقرءوا كتابي.

محور هام أيضاً من محاور الاجتهاد، وهو أن من المعلوم لدى العلماء أن بعض الأحكام الشرعية المدونة في كتب الفقه بنيت على الأعراف السابقة في زمن المجتهدين، ولاتثريب علينا إن أعدنا النظر فيها وطبقنا عليها العرف القائم، إعمالاً للقاعدة الشرعية من أن "الفتوى المبنية على عرف تتغير بتغير الزمان والمكان والشخص والحادثة"، ولانكون بذلك قد افتأتنا على شرعنا ولاعلى ديننا ولا على فكرنا بل نحن طبقنا مايدعو إليه ديننا. وقديماً قرأت في مدوناتنا الفقهية -وأنا طبعاً أزهري لحماً ودماً- أن من يأكل في الطريق العامة ترد شهادته. طبعاً ذلك مبني على أن السابقين كانوا يستنكرون هذا فكان فسقاً، ولاشك أن هذا الحكم استمد وبني على الأعراف القائمة في ذلك الزمان، وهل يمكن أن نقول أن كل من يأكل في الطريق في هذا الزمان تُرد شهادته؟ لابد أن نراجع هذه الأحكام ولاتثريب علينا إن نحن طبقنا مادعانا إليه إسلامنا ونبينا محمد صلى الله عليه وسلم. وهذه الخطوة في حاجة إلى ضمانات حتى تؤتي ثمارها وحتى تؤتي أكلها، تتمثل فيما يلي: أولاً : يجب أن لاننساق وراء المتلاعبين بكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، هؤلاء اللذين يريدون أن يحولوا محكمات النصوص وقطعياتها إلى متشابهات، قابلة للأخذ والرد والجدال. الأساس الشرعي لذلك -كما سأبين فيما بعد- أن هذه الأحكام القطعية في ثبوتها ودلالاتها هي التي يرجع إليها في المتشابهات، فإذا حولنا القطعيات إلى متشابهات لن يبق لنا مرجع نرجع إليه ولانعول عليه، مادام القطعي يتحول إلى ظني، والظني يتحول إلى قطعي، لابد أن يبقى البناء الفقهي كما هو، القطعي قطعي، والظني ظني. ولعلكم تجدون من يسمون بالمفكرين الإسلاميين اللذين قالوا بضرورة إعادة النظر في القرآن في بحث علمي لنيل درجة الأستاذية للأسف، ويوم أن انتقدوا قامت الدنيا ولم تقعد. يعني أن

يصل بنا الأمر إلى حد أن ندعوا إلى مثل مادعى إليه أمثال هؤلاء، إذن ماذا بقي لدينا من مقدسات وقطعيات ومن ثوابت؟ فالثوابت كلها تغيرت، ويوم أن تتغير هذه الثوابت فلنقل على الدنيا العفاء.

أما الضمانة الثانية: فهي أنه لايمكن أبداً أن نتخذ التجديد ستاراً لتبرير الواقع، الواقع الذي صُنع لنا ولم تَصْنَعهُ إرادتنا، الواقع الذي فُرض علينا ولم تَفْرِضه إرادتنا، الواقع الذي يخالف أبسط مقومات معالمنا، لايمكن أن يتخذ الاجتهاد ستاراً له، ستاراً للتبرير بحجة الضرورة. بعض الزعماء يوماً دعا إلى إلغاء الحج توفيراً للعملة الصعبة، أي أن كل شيء يُباح بحجة الضرورة وموافقة الواقع، تلك ضمانة أساسية.

ضمانة ثالثة فيما يبدو لي: أننا لايمكن أن نلاحق كل مجتهد، كل صاحب فكرة، بالتشنيع عليه متى توافر فيه ضابطان أساسيان: أدوات الاجتهاد، والعدالة التي لم يعرف عنه أنه خرج عن نطاقها، متى توافر هذان الضابطان دعه يفكر، دعه يقول، دع الآراء تتلاقح مع بعضها، أما أن نشنع على صاحب كل رأي حتى وإن توافرت لديه أدوات الاجتهاد، حتى وإن كنا لم نعلم عنه إلا كل خير وتوافرت لديه العدالة الظاهرة، كل واحد سيخشى أن يقول لمَ يقول وغداً سيجلد، وغداً سيستباح عرضه وربما أُهدر دمه أيضاً لأنه قالَ خلاف مايقول الآخرون. والسابقون رضي الله عنهم ومنهم الإمام ابن تيمية رضي الله عنه قيل عنه الكثير، حتى أنه سجن. فليس منطق العقل هو الذي يوجب أن نحجر وننساق ونرفع الراية الحمراء في وجه كل من يريد تجديد معايير الفقه الإسلامي. حقاً لابد أن نطارد حتى آخر نفس في الحياة المبدلين لا المجددين، اللذين ليس لهم من العلم إلا التسور على النصوص وإتيان البيوت من غير أبوابها، لايملكون ملكة الاجتهاد ولا ملكة الإبداع ولا ملكة التنظير

ومع ذلك بالخط العريض " الكاتب الإسلامي "، والكل يقول بما شاء له الهوى تحت هذا الخط العريض. لايمكن أبداً أن يُتخذ الاجتهاد ستاراً لتبرير واقع أو مساندة لظالم أو وصولاً لدنيا يريدها، لايمكن أبداً وإلا تحول الأمر وخرجنا من نطاق الممكن إلى نطاق المستحيل.

الخطوة الثالثة: وهي الدراسة المقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية. و الحق الذي لامراء فيه أن هذه الخطوة طبقت منذ فترة وآتت ثماراً ممتازة، حتى في بعض مجالات فروع القانون التي لم يكن يُظن الإنسان بأن فيها مجالاً للمقارنة، تاريخ القانون مثلاً، وأظن بأن الكثيرين قرءوا ما كتبه أستاذنا الجليل فخامة الرئيس صوفي أبو طالب في رده على المستشرق شاخت وما كتبه المستشرق الألماني جولد زيهر حينما ادعيا أن الفقه الإسلامي مستمد من القانون الروماني. حدثني هذا الرجل أنه التقى بالمستشرق شاخت في أكاديمية العلوم في روما وناقشه في هذه الحجة وأزهقها من أساسها، حتى أن شاخت قبل أن يغادر روما بعد لقائه بأستاذنا الجليل صوفي كتب مايفيد رجوعه عن رأيه وسجله في أكاديمية العلوم بروما.

وما أود قوله إن الشرائع القانونية التي تتقاسم حكم العالم أربع كما هو معروف، الشريعة اللاتينية وتمتد بجذورها إلى القانون الروماني، والحارس الأمين عليها هو القانون الفرنسي، وما دار في فلكه، والشريعة الثانية وهي الشريعة الجرمانية المطبقة في ألمانيا والنمسا، والشريعة الثالثة هي الأنجلوسكسونية المطبقة في انجلترا وأمريكا، والشريعة الإسلامية وهي التي كان العالم الإسلامي يتحاكم إليها ومازال لها دور في بعض المجتمعات العربية والإسلامية. والشيء اللافت للنظر أن أغلب الدراسات المقارنة تمت بين الإسلام والقانون الفرنسي، ولكن لم تتجه أغلب

الدراسات المقارنة إلى أن تولي وجهها شطر القانون الجرماني مثلاً، رغم أن كثيراً من أساتذتنا حدثونا بأن القانون الجرماني قريب جداً من الفقه الإسلامي. وكلنا يعلم بأن القانون الانجلوسكسوني هو قانون سوابق قضائية أصلاً، والفقه الإسلامي يقوم على السوابق الفقهية والسوابق القضائية.

و الشيء الذي أريد أن أصل إليه في هذه الخطوة أن كل شريعة من الشرائع تتميز بثلاث مميزات: الأولى تتمثل في المصدر، الثانية تتمثل في الصنعة التشريعة، والثالثة تتمثل في الصياغة الفنية. هذه مميزات ثلاث لأي شريعة في العالم، مصدر تستند إليه وكلنا يعرف بأن للقاعدة القانونية مصدر، صنعة تشريعية، وصياغة فنية. هذه أسس أو معالم عامة لأية شريعة، وأريد أن أقول بأننا حينما نقارن بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، لابد أن نحتفظ للفقه الإسلامي بذاتيته وصنعته حتى لاتذوب في غيرها، إذا كانت المقارنة سوف تستتبع ذوبان الشخصية المستقلة للفقه الإسلامي فلا كانت. والحقيقة بأنني نقلت عبارة لعلامة القانونيين العرب أستاذنا الجليل المرحوم السنهوري صدّر به كتابه الأشهر مصادر الحق في الفقه الإسلامي حيث يقول ما نصه: «لن يكون همنا في هذا البحث إخفاء مابين الفقه الإسلامي وبين الفقه الغربي من فروق في الصنعة والأسلوب والتصوير بل على النقيض من ذلك سنعنى بإبراز هذه الفروق حتى يحتفظ الفقه الإسلامي بطابعه الخاص، ولن نحاول أن نصطنع التقريب بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي على أسس موهومة أو خاطئة، فإن الفقه الإسلامي نظام عظيم وتقضي الدقة والأمانة العلمية علينا أن نحتفظ لهذا الفقه الجليل بمقوماته وطابعه، ونحن في هذا أشد حرصاً من بعض الفقهاء المدحثين فيما يؤنس فيهم من ميل إلى تقريب الفقه الإسلامي إلى الفقه الغربي فإن هذا

لايكسب الفقه الإسلامي قوة بل لعله يبتعد به عن طابع الجدة والاجتهاد، وهو جانب للفقه الإسلامي منه حظ عظيم». إذن لاتعني المقارنة ولايكون الهدف من المقارنة تذويب الشخصية المستقلة للفقه الإسلامي، فذلك فيما يبدو لي -قد أكون مخطئاً- يمثل جناية على الفقه الإسلامي.

الخطوة الرابعة: حتى نقارن مقارنة دقيقة وصحيحة لابد ابتداء أن نحدد مضمون المصطلحات القانونية والشرعية. قد يتشابه المصطلح ويختلف المضمون، وقد يختلف المضمون ويتشابه المصطلح، فلا بد بداية أن نحدد مضمون المصطلحات حتى لاندّعي الاختلاف رغم أنه لايوجد خلاف أو ندعي التشابه رغم أن الفروق جد بعيدة بين هذا المصطلح وذاك. ولذلك أضرب مثالاً -على عجلة- الفقه الإسلامي يتحدث عما يعرف بضمان الدرك وأنا كرجل قانوني لا أعرف ماهو هذا الضمان، ومضمونه في الواقع هومضمون ضمان الاستحقاق في القانون المدني، فحتى أقارن بين موقف الفقه الإسلامي من ضمان الاستحقاق وبين القانون المدني لابد أن أعرف بداية مامعنى ضمان الدرك. فلا بد ابتداء من تحديد المصطلحات بدقة وموضوعية، صحيح لامشاحة في الاصطلاح طالما كان هناك اتفاق في المضمون، فكل تشريع له فلسفته التي يقوم عليها بنيانه الفقهي والقانوني.

الخطوة الأخيرة: ونحن في سبيل المقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية، لابد أن نميز في نطاق الفقه الإسلام بين ثلاثة أنواع من الأحكام: الأحكام الثابتة ثبوتاً مطلقاً، الأحكام المرنة مرونة مطلقة، الأحكام التي تجمع في تناسق مبدع بين الثبات والمرونة في آن واحد.

فالأحكام الثابتة ثبوتاً مطلقاً هي التي تكون قائمة على محكمات النصوص وقطعياتها كالحدود و السرقة. فمحل الحماية القانونية هنا

لايقبل التغيير لأنه لن ياتي يوم يقال فيه بان السرقة مباحة. بمعنى أن الضرورات أو ما أسميه بمحل الحماية القانونية هنا لن يتغير أبداً بحال من الأحوال، لأن الإسلام له ضرورياته القطعية من حفظ الدين والعقل والنسل.. وهذه لايمكن الترخص فيها باي حال من الأحوال، فتلك ثوابت ولايمكن أن تتحول عن هدفها ولاعن تماسكها، إذ أنها بالنسبة للمجتمع وللحفاظ على كيانه كالجبال للأرض، الجبال تمسك الأرض أن تميد، وهذه الأحكام قد تزول الجبال وهي لاتزول.

نوع آخر من الأحكام فيه مرونة كالأحكام المبنية على العرف كما سبق أن أشرنا.

نوع ثالث من الأحكام يجمع بين الثبات والمرونة فمثلاً: قول الله تعالى لسيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم: ﴿وشاورهم في الأمر﴾ وقوله جل وعلا: ﴿وأمرهم شورى بينهم﴾ ماوجه الثبات والمرونة في هذا النص؟ وجه الثبات أنه لابد من وجود الشورى في المجتمع. إنما وجه المرونة كيف تتحقق تلك الشورى، عن طريقه مجلس نيابي واحد، عن طريق مجلسين؟ ماهو الأسلوب الأمثل؟ ذلك أن كل مجتمع يختار وفق مايناسبه ويناسب بيئته وزمانه، وأولوا الأمر والحل والعقد لهم في ذلك فسحة كبيرة، فمتى تحقق الهدف الذي يبتغيه المشرع وهو تحقيق الشورى فلا تثريب عليه. مثال آخر أختم به كلمتي يتعلق بقول الله تعالى: ﴿وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾ ماوجه الثبات والمرونة هنا في هذا الحكم؟ وجه الثبات أنه لابد من أن يتحقق العدل، إذ هو الذي قامت عليه السموات والأرض، ولكن كيف يتحقق، عن طريق درجة واحدة من القضاء، درجتين، ثلاث. عن طريق المحكمة الفردية، المحكمة الجماعية. محكمة للجنايات وأخرى للمدنيات.

ذلك أمرٌ لادخل للمشرع فيه، إنما ينبغي فقط تحقيق الغاية، وهي العدل، متى تحقق هذا العدل فلا تثريب علينا إن اخترنا النموذج الذي يحقق هذا الهدف في إطار من الثوابت والتناسق وما يناسب ظروف المجتمع.

والحق أنه لازال في الجعبة الكثير، ولكن بطبيعة الحال هي رؤية أطرحها، وهي رؤية طالب علم، يبحث عن الحقيقة إن وجدها فهو حفي بها. شكراً للأستاذ الجليل عميد الكلية والأستاذ الدكتور جاسم رئيس قسم المعاملات وللسادة الزملاء والإخوة الحضور.

والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته،،،

ثالثاً : المناقشة:

الدكتور جاسم علي سالم الشامسي:

أشكر للأستاذ الدكتور عبدالسميع أبو الخير ماطرحه حول موضوع ليس بالسهل، خاصة وأن في العالم العربي من يتخذ مذهباً للتقريب بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي، محاولاً تطبيق منهجية الغرب بكل ماحوته من أفكار ولو على حساب الأسس والمبادىء الشرعية، وهناك في المقابل اتجاه آخر يرى نبذ كل ماجاء به الغرب واعتباره خارجاً عن إطار الفقه الإسلامي وإن أمكن تأصيله عليه. غير أن المستجدات المعاصرة في كافة مناحي الحياة تحملنا على الاستفادة بما لدى غيرنا مع التمسك الثابت بشريعتنا ومضامينها. فلا ضير من أن نأخذ في إطار المعاملات المصرفية الإسلامية -مثلاً- بنظام الشيكات ونظام السندات والاعتماد المستندي وغيرها من مستلزمات الحياة المصرفية، لكن لابد من وضعها في إطار إسلامي، فنأخذ بالتصوير الغربي لها مع الحفاظ على المضامين والرؤى الإسلامية. وكذلك الحال في المسائل الطبية، وغيرها. فواجبنا في مثل هذه الأمور أن نضع المفاهيم والرؤى الشرعية الخاصة بها في إطار قانوني متطور، حتى تأخذ طريقها للتطبيق في تشريعاتنا.

سؤال: الدكتور نجيب عبدالوهاب الفيلي:

الحقيقة لقد استمتعنا بأسلوبك الأدبي الفياض، ولم نكن ندري هل كنا نستمع إلى مقطوعة فقهية أم أدبية أم قانونية، هذا الأسلوب الأدبي المستمد من التدبر والمعايشة للقرآن الكريم الذي أضفيته على هذا المنهج قد أثر في مسامعنا وأفئدتنا، ورأيتك متأثراً بالشيخ الغزالي -رحمه الله تعالى- في أسلوبك وأفكارك ولاسيما نظرية التجديد. وسؤالي يدور حول الشروط التي

تتعلق بالمجتهد اليوم، فهل هي كما كانت في الماضي، والتي تصل في عصرنا، من حيث إمكانية توافرها في شخص، إلى حد الإعجاز لشدة ضوابطها؟ وهل مفهوم المجتهد ومفهوم الإنسان العدل في عصرنا يأخذ ذات المفهوم الذي كان سائداً في الأوساط الأولى والأيام الأولى، أم أن هذا الأمر يختلف بحسب الزمان والمكان؟

الإجابة:

الحقيقة أن الفقهاء تحدثوا كثيراً عن معيار العدالة، واستقروا أخيراً على معيار موضوعي، وكلنا يعلم ماهو المعيار الموضوعي والشكلي.

وقد استقر الفقه الإسلامي على معيار موضوعي وهو العدالة الظاهرة بمعنى أن لايرى على الإنسان مايخالف كتاب الله جل شأنه وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، وهو المعيار المستقر عليه العمل في مدونات الفقه الإسلامي القديمة. وتوافر درجة أكبر من الورع والتقوى والخشية من الله عز وجل لاتظهر قيمته في إتاحة الاجتهاد، ولكن في أن المرء ينتج أثراً علمياً بارزاً كلما كان على تقوى من الله وخشية لله جل جلاله. ففلان هل جربنا عليه كذباً؟ هل علمنا عنه معصية؟ متى توافرت فيه العدالة الظاهرة وكان من أهل الاجتهاد بتوافر أدواته فيه، فلا شك أننا لانستطيع أن نتهمه، لأن الأصل براءة الذمة والنية. فلا يمكن أن نتهم أحداً مالم يرَ عليه مايخدش دينه. ولاترخص أبداً في المعايير الموضوعية، بمعنى أن هذا المجتهد الذي قد يكون بينه وبين ربه على خلاف ماظهر منه، وهو مايسميه إمامنا الراحل الغزالي بالتدين المغشوش، حتى إذا كان كذلك، فإن علينا تطبيق المعايير الموضوعية المنضبطة للاجتهاد عليه، وهي معايير تنبع من ذات الإنسان، وأساسها التقوى ﴿واتقوا الله ويعلمكم الله﴾. حقاً إن هذه ليست معادلة حتمية، بأن

من لم يتق لن يعلمـه، ولكن نستـشف من الآية الكريمة أن الإنسان كلمـا كان على صلة وقـربى من الله عـز وجل كلما أسـبغ الله عليـه من مفـاتيح العلم الهبات.

سؤال: الدكتور محمد البوعزيزي:

لماذا يتأثر الدارسون عند المقارنة بين الفقـه الإسلامي والقوانين الوضعية بالقـانون الفـرنسي؟ ومـامـدى صـحـة قـول بعض الدارسين بأن القـانون الفرنسي مسـتقى من الفقه الإسـلامي وخاصة عند رحيل نابليـون عن مصر وأخذه للمصادر الفقهية في الشريعة الإسلامية؟

الإجابة:

وجه أن أغلب الدراسات المقارنة تكون مع القانون الفرنسي بائن الظهور. ومن المعلوم بأن القانون الفرنسي يطبق في بعض بلدان المشرق العربي وكل بلدان المغرب العربي.

أما من حـيث إن القانون الفرنسي مـستمد مـن الفقه الإسلامي وخـاصة الفقه المالكي، فـقدكتب في ذلك الأستاذ سيـد ندى في مجلة الأزهر بحوث منذ تسعين سنة، وقد حصل أن وجـدت في مكتبة كلية الحقوق بجـامعة القاهرة نسخ من " مختصر خليل" مترجمة للـغة الفرنسية، فاتخذ من ذلك تكئة. أمر آخر، فأنا -وبحمد الله- أشرف بالانتماء إلى دار الشريعة وهي قضية مسلمة وقد قمت بدراسات في الفقه الإسلامي المقارن بين القانون المصري والفرنسي، والحق أن القانون المصري متأثر ابتـداء بالفرنسي، وإن كان شيخ القانونيين السنهوري فـي وضعه للمـدونة الجديدة للقـانون المدني قد طوف مـاشاء له الفكر القانوني أن يطوف في كـثير من قوانين الدول ولم يقتـصر على القانون الفرنسي فقط، فـأنا كدارس رأيت أن هناك تماثلاً في الكثيـر ولكن ماهو مدى

التماثل؟ فهل من الضرورة أن يكون الفقه الفرنسي متماثلاً مع المالكي تماماً كما قيل؟ أتحفظ أنا على هذه المقولة، لماذا؟ وقد كان للدكتور حسام الأهواني تعليق على هذه الجزئية في مناقشة معه، وكان مبنى الكلام أن الفن التشريعي حينما يستهدف العدالة في قضية ما، ستجد أن هناك تماثلاً بين الآراء أو مايمكن أن نسميه بلغة القانون الجنائي بالتوافق، لأن الفن التشريعي الوضعي تراث إنساني فليس كله مخالف لشرعنا، وإنما فيه مايتوافق مع الفقه الإسلامي، والواجب علينا أن نبحث عما يناسب عقيدتنا ولايصادم الثوابت من فقهنا الإسلامي. وإذا كان القانون الفرنسي قد تأثر بالفقه الإسلامي في القانون المدني، فلماذا لم يفعل الشيء ذاته في المجال الجنائي، أو الإداري أو الدستوري؟!!

وعلى أية حال هذه مقولة نقبلها إذا توافرت الأدلة الثابتة. ولكن هب أنها توافرت فما الذي ينفعنا!! وماهو المردود الثقافي والعائد الحضاري من هذه القضية إن كانت الإجابة بنعم؟.

سؤال: الأستاذ الدكتور محمد المرسي زهرة:

لا أريد أن أوضح مدى أهمية الدراسة المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، والدور الذي تلعبه الكلية في هذا المجال من دمج العلوم الشرعية بالعلوم القانونية منذ عدة سنوات، فهو أمر مفروغ منه. ولي بعض الاستفسارات والملاحظات. أبدأ بالموضوع الأخير الذي طرح الآن وهو مدى تأثر قوانين بعض الدول بالقانون الفرنسي؟ وهل القانون الفرنسي تأثر بالفقه الإسلامي؟ وإني أتحفظ على ذلك لكني لا أؤكد، وأستطيع أن أؤكد فيما يقال من أن هناك قوانيناً أو دولاً تطبق القانون الفرنسي وهو أمر أتحفظ عليه لأنه لايتصور أن تأتي دولة من الدول وتأخذ قانوناً بحذافيره وتطبقه كماهو. هذه المقولة مشهورة عند الزملاء غير القانونين، وقد قيل أن مصر

تطبق القانون الفرنسي. والمقصود أنه حينما وضع هذا القانون أو ذاك تأثر نوعاً ما بهذا القانون أو ذاك.

واستفساري من المحاضر، بأنه ذكر العبارة الرائعة عن المرحوم السنهوري: أننا حينما نقارن فلا يجب أن تؤدي بنا المقارنة إلى تذويب الفقه الإسلامي في القانون الوضعي. هذه مسألة لاخلاف عليها، لكن يبقى أن نتساءل حول الطريقة المثلى لعدم تذويب الفقه الإسلامي في القانون الوضعي ذلك أن للمقارنة طرقاً، منها: أن يجعل الموضوع في قسمين أحدهما للقانون والثاني للفقه الإسلامي. أو أن تكون المقارنة نقطة نقطة، هذه أفضل وأدق من الناحية الموضوعية لكن قد يخشى منها التذويب!!

<u>الإجابة:</u>

لقد وجد في مصر أن طبق القانون الفرنسي، وهو القانون المدني الأهلي، حيث نقل كما هو وطبق في مصر، ولما استردت مصر استقلالها بدأ السنهوري بوضع المدونة الجديدة، والتي وإن كان القانون الفرنسي يعتبر مصدراً تاريخياً بالنسبة لبعض أحكمها لكنها أيضاً تأثرت بالفقه الإسلامي.

أما عن مناحي المقارنة فقد تفضَّلْتَ بالإشارة إلى بعضها وهو منهج الفصل الكامل. تقارن مثلاً الأهلية في الفقه الإسلامي والقانون الفرنسي، والنتيجة أنك كتبت كتابين، كتاب في الفقه الإسلامي وآخر في القانون الفرنسي. وهناك منهج آخر هو منهج الدمج الكامل. وهناك منهج وسط، وهو أن نقارن كل جزئية بأخرى. والمآخذ على هذا المنهج أنه قد يستتبع في بعض الأحيان التكرار. وعلى كل فلا يوجد منهج له مزايا كاملة ويكون خالياً من العيوب. وهي مسألة تقديرية تعود للباحث، ولن يستطيع فكر واحد أن يجيب على مثل هذه الأمور الغاية في الدقة.

سؤال: الأستاذ أسيد محمد أديب كيلاني:

الحقيقة هو استفسار وبعد ذلك سؤال. عرضتم لفكرة أعتقد أنها تحتاج لنوع من التوضيح . بأن العقل البشري قد يصل إلى العدالة كما أن الشريعة الإسلامية حققت العدالة. أعتقد بأن التوضيح في هذا الأمر يتمثل في أننا نعلم جميعاً أن الله سبحانه وتعالى أنزل على موسى شريعة وهذه الشريعة أنزلها أعدل العادلين ومع ذلك لانستطيع أن نستعيض عن الشريعة الإسلامية بشريعة موسى فمن باب أولى الشرائع الأخرى. حتى لايتخذ هذا الأمر مبرراً لرد الشريعة الإسلامية والالتجاء إلى غيرها.

الأمر الآخر، أنطلق فيه من قول الرسول صلى الله عليه وسلم«إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له» . أريد أن أسأل: من اتجهت به أمور الحياة، قد يكون مختاراً أو غير مختار، إلى أن يتخصص في دراسة القانون، ويكون في بلد يحكمها قانون وضعي صرف، بمعنى أن المشرعين لم يبتغوا عند وضعه أن يكون موافقاً لأحكام الشريعة الإسلاميه. فهل يمكن أن نعتبر دارس القانون هنا مثله مثل دارس الفيزياء أو الهندسة، ذمته بريئة أم أن ذمته مشغولة بإثم؟ وإن كانت كذلك فالأمر جد خطير لأنه بعد وفاته لن يقف الإثم، وإنما سيكون مدلول الحديث السالف: وينقطع عمله السيء إلا من ثلاث، معصية جارية، وليس صدقة جارية.

الإجابة:

أنا لم أقصد ما دار بخلدك بالنسبة للشق الأول من السؤال، ولكن القضية أنني قرأتها عندما كنت أقرأ للدكتور صوفي وهو يقارن بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، ووجود تماثل بين بعض الأحكام. ولكن هل هذا التماثل الظاهري مبناه أن الفقه الإسلامي استمد من القانون الروماني؟ هنا دور

التاصيل العلمي. ومفاد ماقاله الأستاذ الجليل في هذه الجزئية أن المجتمعات عندما تبلغ درجة متساوية من الحضارة الفكرية، رقي فكري وحضاري معين، وتتجه إرادتها إلى تشريع قانوني يحقق العدالة دون أن يكون هناك هوى في النفس أو انحراف عن الجادة، مع هذه المقومات يمكن أن تتماثل الأحكام مع أنه يبتعد هذا المصدر عن ذاك. ولاننسى بأن الاجتهاد في الفقه الإسلامي حصيلة إعمال الفكر في إطار النص. وأنا لم أقل مطلقاً إن العقل ومابنتهي إليه يتساوى مع النص، حتى إن جرى على لساني مثل هذا القول فانا لا أقصده.

وأما عن الاستفسار الآخر، فاساتذتنا الأفاضل في الشريعة فرقوا في هذا الموضوع، ومنهم الأستاذ عبدالقادر عودة، الذي تحدث عن هذا الموضوع بما يشفي ظمأ من يريد الري، وقسم الدراسة القانونية إلى عدة أقسام بحسب مقصد الدارس. هل يدرس القانون بقصد إظهار مابه من باطل وإزهاقه، أم يدرسه بقصد أن يفصح عما في شرع الله تعالى من مزايا، أم يدرسه وهو مؤمن به وبأنه أصلح من غيره.. لكلٍ حكم ولكلٍ قصد.

<u>سؤال</u>: الأستاذ الدكتور قاسم الوتيدي:

قلنا أننا إذا أردنا أن نقارن بين الشريعة والقانون فوضعنا الشريعة في جانب والقانون في جانب فإننا إذا قرأنا الثاني فسوف ننسى الأول، وإذا قارنا كل باب على حدة فهذا أيضاً لايخلو من عيب. ثم إذا أمسكنا بجزئية وأردنا أن نقارن بصددها بين القانون والشريعة فهذا يخشى منه التذويب. أرى أن الفكرة الأخيرة وأسميها بالمقارنة التداخلية هي الأفضل، ولست أعني بها المقارنة التي تؤدي إلى التذويب. وأنتم ترون في هذه المسألة مايمكن أن يوقعنا في التذويب، وأنا اختلف معكم في ذلك.

الإجابة:

لقد أمسكت عن الإجابة عند طرح هذا السؤال، ولكن هب أن الفقه الإسلامي لم يتعرض لهذه الجزئية التي تعرض لها القانون، فماذا أقدم وماذا أفعل؟ إذن لابد من اتخاذ أصل للدراسة إما أن اتخذ القانون أصلاً أو الفقه الإسلامي. وهو ما انتهجته في دراسي للدكتوراه ، ولا أعتقد بأن هذه مشكلة.

ختاماً:

الدكتورجاسم علي سالم الشامسي:

المسألة جدلية ويجب علينا أن لا نقف ونتخوف، والدارسون للشريعة الإسلامية يجب أن يكونوا أجرأ من أن يتوقفوا عن المقارنة، بل بالعكس. والكل قارن حتى علماء الأصول أدخلوا منهج المقارنة كما في كتاب الأستاذ عبدالوهاب خلاف وغيره، فلا نتخوف مادمنا متأكدين بأن شريعتنا هي الأفضل، وقد جاءت بمبادىء عامة يمكن بها أن نصل لحكم كل جديد. وهذه مهمة القاضي كما قررت المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥م.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته،،

المهتمين في هذا المجال إلى الاعتقاد بأن مدى البحر الإقليمي في هذه الإمارات هو ثلاث أميال بحرية. في عام ١٩٦٩ ظهر أول تشريع في المنطقة من إمارة الشارقة لمد سيادة هذه الإمارة على منطقة البحر الإقليمي الملاصقة لسواحلها وسواحل الجزر التابعة لها، المادة الأولى من المرسوم الأميري لعام ١٩٦٩ نصت على أن البحر الإقليمي لإمارة الشارقة يمتد لمسافة ١٢ ميلاً "بحرياً" . بعد قيام الاتحاد وبالتحديد في عام ١٩٩٣ صدر القانون الاتحادي رقم ١٩ في شأن تحديد المناطق البحرية للدولة. فيما يتعلق بمنطقة البحر الإقليمي ، فقد نصت المادة الرابعة من القانون على مد سيادة الدولة على بحرها الإقليمي ولمسافة ١٢ ميلاً "بحرياً" . كما تضمن القانون نصاً لتعيين حدود البحر الإقليمي لدولة مع الدول المجاورة لسواحل دولة الإمارات العربية المتحدة.

إن مثل هذا التفصيل والشرح للوضع التشريعي في دولة الإمارات قليل إن لم يكن معدوماً في الكتابات القانونية السابقة، لذلك كانت الكتابة في هذا الموضوع ليست بالأمر اليسير.

لمعيار الاثني عـشر ميلاً "بحرياً" كـمدى للبحر الاقليمـي . تبلورا هذا القبول في مؤتمر الأمم المتحـدة الثالث لقانون البحار لعــام ١٩٨٢. المادة الثالثة من هذه الاتفاقية أخذت بقاعدة الاثني عشر ميلاً "بحرياً" كحد أقصى لمدى البحر الاقليمي.

لتعـيين حدود البـحر الاقليـمي في الحالات التي يـكون فيهـا تداخل بين البحر الاقليمي للدول التي تتلاصق أو تتقـابل شواطئها ظهرت هناك عدد من القواعد المستوحاة في أصلها من قـانون الأنهار والبحيرات. في مؤتمر جنيف لعام ١٩٥٨ تم اعتماد قـاعدة خط الوسط كقاعدة عامة لتحـديد حدود البحر الاقليمي مـالم تتفق الدول على اعتـماد خط حدود آخر غـير خط الوسط أو كان هـناك سند تاريخي أو ظروف خاصـة تبرر تحـوير هذا الخط في بعض القطاعات.

إضافـة إلى شرح وتفـصيل مـاتقدم فـإن هذه الدراسة تعـالج باهتـمام خاصة الوضع التشـريعي للبحر الاقليمي في دولة الإمارات العـربية المتحدة من حيث اتساع هذا البـحر والقواعد التي ارتضـاها المشرع في دولة الإمارات لتحديد حدود البـحر الاقليمي لدولة مثل هذه الدراسة تستوجب التـمييز بين مرحلتين تاريخيتين هما:

١- الوضع قبل عام ١٩٧١ أثناء العلاقة التعاقدية مع بريطانيا.

٢- الوضع بعد قيام اتحاد دولة الإمارات العربية المتحدة.

بالنسـبة للـوضع في المرحلة الأولى فلم يصـدر أي إعلان أو قـانون من حكام هذه الإمـارات فيـما يتـعلق بمد سيـادة الإمارات على البـحر الإقليـمي الملاصق لسـواحلها قـبل عام ١٩٦٩. هـذا الغيـاب التشـريعي دعاء عـدد من

ملخص
قواعد تحديد حدود البحر الإقليمي مع إشارة خاصة للقانون الاتحادي في دولة الإمارات لعام ١٩٩٣

كانت حاجة الدولة المشاطئة لتوفير نوع من الحماية والإنذار المبكر ضد أي أخطار محتملة لإقليمها البري دافعاً لمد ولايتها أو سيادتها على حزام من البحر الملاصق لهذا الاقليم، هذا الحزام عرف في مابعد بالبحر الإقليمي للدولة المشاطئة. اقر القانون الدولي بمشروعية البحر الاقليمي واستقر الرأي بان للدولة المشاطئة سيادة وليس مجرد ولاية على هذا الحزام من البحر الملاصق لسواحلها وسواحل الجزر التابعة لها. هذه السيادة تمتد على سطح وقاع البحر الإقليمي، كما تمتد إلى طبقات الهواء التي تعلو البحر الإقليمي.

فيما يتعلق بمدى البحر الإقليمي فقد ظهر هناك خلاف واسع بين الدول في هذا الخصوص، فبعض الدول كانت ترى أن اتساع البحر الإقليمي يجب أن لايزيد عن ثلاثة أميال بحرية بينما يرى البعض الأخر أن مدى منطقة البحري الإقليمي يجب أن يكون أكثر من ذلك. ظهر هذا الخلاف بوضوح في مؤتمر الأمم المتحدة الأول لقانون البحار في جنيف عام ١٩٥٨ وترتب عليه أن معاهدة جنيف للبحر الاقليمي والمنطقة المتاخمة قد طرحت للتوقيع على الدول من غير أن تتضمن نصاً يحدد مدى البحري الاقليمي. في عام ١٩٦٠ عقد مؤتمر الأمم المتحدة الثاني لقانون البحار لإزالة الخلاف بين الدول فيما يتعلق باتساع البحر الإقليمي إلا أن هذا المؤتمر لم يكن أكثر توفيقاً من مؤتمر جنيف لعام ١٩٥٨.

في المرحلة التي تلت المؤتمر الثاني بدأ يظهر نوع من التاييد والقبول

circumstances; and (3) the median line system. Article 23(1) of the UAE Federal Law provides only one possible solution, that is, the median line. It does not address the concept of special circumstances, which is used as a ground to justify a departure from the median line. It follows that the UAE government has declined to accept any boundary line, for the territorial sea, other than the median line.

sea between opposite or adjacent states. However, the subsequent practice of states in using the median line should, as we have seen, be regarded as having produced such a norm of customary law. This view was accepted in the specific context of the United Arab Emirates in the decision of the Court Arbitration in the *Dubai/Sharjah Award* of 1981. This case, it will be recalled, concerned the land and maritime boundary delimitation between two adjacent Emirates' members of the UAE Federation. Hence the boundary between the parties does not possess an international character. Usually the applicable law in disputes such as this would be the federal law, but in the UAE there is no separate federal law on the matter of boundary delimitation between the component units of the federation. Therefore, "recourse must be made to international law"[(184)] or, to be precise, to customary law, because the treaty law was not applicable in the present case due to the fact that the UAE had not become party to the Geneva Convention of 1958[(185)]. The Court of Arbitration, nevertheless, constructed a boundary line between the two Emirates' territorial seas "according to the principles laid down in Article 12 of the 1958 Geneva Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone"[(186)].

The acceptance of the status of Article 12 of the 1958 Convention as being part of customary law was not, strictly speaking, followed in the UAE Federal Law No. 19 of 1993. Article 23(1) of this law reads:

> Where the territorial sea of the State is opposite or adjacent to the territorial sea of another State, the outer limit of the territorial sea of the State shall be the median line.

The provisions of this paragraph differ from the formula in Article 12 of the 1958 Convention (now15 of the 1982 Law of the Sea Convention). It will be recalled that Article 12 suggested for the delimitation of the territorial sea boundary three possible lines; namely, (1) a line resulting from agreement; (2) a line justified by historical title or other special

(184) *Dubai/Sharjah Award*, at p.586, see also p. 587.

(185) Ibid., at p.658.

(186) Ibid., at p.663.20

Opinio juris(181)

When states apply a provision which is claimed to be a general rule of law (in this case the obligation of using the median line), they should believe that this practice or action "is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it"(182). The mandatory status of Article 12 is demonstrated by the widespread acceptance in the national legislation of coastal states of the use the median line system, as the only method in the delimitation process, where the parties do not agree otherwise(183).

Conclusion

Article 12 of the 1958 Convention on the Territorial Sea was not in its origins or inception declaratory of a mandatory rule of customary law enjoining the use of the median line for the delimitation of the territorial

(181) For further discussion on opinio juris, see *Oppenheim's, op. cit.*, n.22, at p.28.

(182) *North Sea Case*, at para. 77. See also Ibid.

(183) It is worth mentioning here that it is superfluous to cite the treaties which have concluded between coastal states concerning the delimitation of the maritime boundaries, if the intention is to illustrate the general acceptance of the median line system. This is due to the fact that coastal states have the right in Article 12 to agree to be excluded from the obligation of using the median line system. This exclusion does not mean that they are rejecting the median line as a general rule in the territorial sea delimitation, it only means that they are exercising a right which had been given, in Article 12, to the coastal states. Therefore, the treaties of maritime boundary delimitation which were concluded between various numbers of coastal states are not the proper place to seek the widespread acceptance by states to the formula of the median line in Article 12. Nonetheless, states practice, i.e. the maritime delimitation agreements, still have an important role to play in the subject of maritime delimitation; "it does provide important evidence of the way in which states have dealt with peculiar geographical, historical and other factors. In this sense, states practice retains legal and practical relevance. Even though it does not reflect a principle of customary international law, it shows that a number of delimitation methods, or combinations of methods, may be employed depending on the facts and circumstances of each case." See Bundy, R., "States Practice in Maritime Delimitation," Maritime *Boundaries, World Boundaries*, vol. 5, Gerald Blake (ed.) (1994), at p.24. See also Charney, J. I., "Progress in International Maritime Boundary Delimitation Law," 88 *AJIL* (1994), at p.228; Weil, op. cit., n.117, at pp.120-2.

and should moreover have occurred in such a way as to show a general recognition that a rule of law or legal obligation is involved"[178].

To examine state practice in regard to Article 12 in the light of this condition, one may recall up the following factors. Thirty-four years have elapsed since the Convention came into force in 1964, and around forty-six countries have ratified the Convention. Further, the tendency in the national legislation of coastal states, since the 1958 Conference, has been to adopt the median line system or the equidistance line to determine the boundary line. This tendency is reflected in the practice of both states which are, and those which are not, parties to the 1958 Convention[179].

This number of ratifications of the Convention, and the tendency to adopt the formula of the median line in national legislation, is sufficient to show that state practice has become a"settled practice" in the sense of being extensive and uniform, with evidence to suggest that a rule of customary international law has crystallized. Moreover, this uniformity and wide range of practice was fortified by the adoption of the formula of Article 12 into the 1982 Convention under Article 15, which has now entered into force[180].

(178) *North Sea Case*, at para. 74.

(179) Example of this legislation are as follows: France: The 1971 law in the extending of the territorial waters. Art. 2. India: The Maritime Zone Act of 1976. Art. 9(1). Japan: The Law no.30 of 1977 on the Territorial Sea. Art. 1. Pakistan: Territorial Waters and Contiguous Zone Act of 1976, Art. 7(1)(a). The Former USSR: The 1960 Regulation on Territorial Sea, Art. 3. Guyana The Maritime Boundary Act of 1977, Art.34. Republic of Korea: The Territorial Sea Act of 1977, Art. 4. Spain: The Act no.10 of 1977 Concerning The Territorial Sea, Art. 4. Tanzania: The Proclamation of 1973 on the Extent of the Territorial Sea. Kuwait: Decree of 1967, Art. 4. Uruguay: Decree of 1969. Oman: Decree of 1972, Art.7. Saudi Arabia Decree of 1949, Art. 8. Iran: The Marine Areas Act of 1993, Act.4. Emirate of Sharjah Supplementary Decree of 1970 Concerning the Territorial Sea of the Emirate, Article 4. The UAE Federal Law no.19 of 1993 in the Delimitation of the Maritime Zone. Art. 23(1).

(180) One hindered and twenty seven states have hitherto ratified the 1982 Convention, see section One

and purpose of the treaty[174]. So, in the case of the Territorial Sea and Contiguous Zone Convention, one might conclude that at least as a matter of form the articles of the Convention *in toto* are on the same plane. As far as Article 12 is concerned, there was only one reservation which had been made in regard to Article 12, and this by the Government of Venezuela. However, this reservation was not made in order to reject the median line system[175].

(3) The provision which is claimed to be a potential general rule should be free from any unresolved controversies

This, it can be argued, is not the case in Article 12 where the exact meaning and scope of the notion of special circumstances is still ambiguous. This ambiguity "may raise [some] doubts as to the potentially norm-creating character of the rule"[176]. However, this weakness is remedied to some extent by the general understanding that the presence of one of the three factors mentioned in the commentary of the ILC report of 1956, namely "any exceptional configuration of the coast, as well as the presence of islands or of navigable channels,"[177] may constitute a special circumstance.

Generality of the practice

The condition which was laid down by the Court in the *North Sea Case* for examining the generality of state practice, is that it "should have been both extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked

(174) This raises a question about compatibility: whether or not the reservation becomes compatible with the "object and purpose of the treaty." The Vienna Convention on the law of the Treaties of 1969, Brownlie held " seems to have no clear cut answer to this question and the matter is left to the appreciation of the individual state". See Brownlie, op. cit., n.170, at p.611.

(175) Venezuela's reservation was solely to assert that the following area "in the Gulf of Paria and zones adjacent thereto; the area between the coast of Venezuela and island of Aruba and the Gulf of Venezuela" should be taken as involving special circumstances. See *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General*, UN, New York (1986), at p. 679.

(176) *North Sea Case*, at para. 72.

(177) *ILC Yearbook* (1956), vol. 2, at p. 300, para.37; Oppenheim's, op. cit., n.22, at p.614.

the general rule in Article 12 is the median line. The agreement between the parties, historic title and special circumstance are all exceptions to the general rule.

(2) The faculty of making reservations to the rule

In the *North Sea Case* the Court recalled that the faculty to make reservations had been restricted for Articles 1-3 inclusive of the 1958 Convention on the Continental Shelf, but had been unrestricted in respect of the rest of the articles in the said Convention, including Article 6. The Court, therefore, concluded that "the convention itself...would...seem to deny to the provisions of Article 6 the same norm- creating character as...Articles 1 and 2 possess"[(172)].

This is not the case for the Territorial Sea Convention, which remained silent on the whole question of the faculty of making a reservation. So, for these matters, we can derive benefit by referring to Article 19 of the Vienna Convention on the law of Treaties of 1969,[(173)] which was worded as follows:

A State may, when signing, ratifying, accepting, approving, or acceding to a treaty, formulate a reservation unless:

(a) the reservation is prohibited by the treaty;

(b) the treaty provides that only specified reservations, which do not include the reservation in question, may be made; or

(c) in cases not falling under subparagraphs (a) and (b), the reservation is incompatible with the object and purpose of the treaty.

Therefore, the faculty of making a reservation in the Territorial Sea Convention is permitted where the reservation is compatible with the object

(172) Ibid.

(173) For more discussion of the right of a state to make a reservation to multilateral convention, see Harris, op. cit., n.5, at pp. 753-7; Sinclair, *I., The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed., Manchester University Press, Manchester (1984), at pp. 55-60; Reuter, P., *Introduction to the Law of Treaties*, Kegan Paul International, London (1995), at pp.77-84; Brownlie, op. cit., n.170, at pp. 608-10.

Convention on Territorial Sea came into force in 1964?[169] Starting with the first question, we noted at an early stage in this chapter that there were no definite pre-1958 rules of customary law governing the delimitation of territorial sea boundaries between opposite and adjacent states. It follows that Article 12 of the Geneva Convention did not, in this view, codify existing rules of customary law regarding the delimitation of territorial sea, and the matter was regarded as an exercise in progressive development.

What remains now is to see whether or not Article 12 has since come to form a part of the general corpus of customary law. In order to look at this question, we have to consider first the rules and elements required for an article contained in a multilateral convention to be transferred into a customary norm of law. The ICJ in the *North Sea Case* indicated these rules and elements as follows[170].

Fundamental norm creating character

In order for a provision to achieve such character, three conditions must be fulfilled:

(1) The priority (primacy) of the rule

For a rule or a formula in a multilateral convention to be regarded as forming the basis for a general rule of customary law, it should have a primacy application. If it has no such status, it would be "an unusual preface to what is claimed to be general rule of law."[171] As far as the median line is concerned, there is a prohibition in Article 12 against the extension of the boundary line beyond the median line, save where there is an agreement to that effect, or a special circumstance or historic title is present in the area of the delimitation to permit such extension. Therefore

(169) For a distinction between codification and development of international law, see Oppenheim's, op. cit., n.22, at pp.110-4.

(170) *North Sea Case*, at paras. 70-81. See also Brownlie, I., *Principles of Public International Law*, 4th ed, Clarendon Press, Oxford (1990), at pp.4-7.

(171) Ibid

Many jurists who have written about the delimitation of territorial sea have avoided discussing the issue of the status of Article 12 in customary law [166]This may be due to the fact that there have been few cases in this sphere, in comparison with the cases on continental shelf delimitation, which have been put before ICJ or international arbitration tribunals. Furthermore, the UNCLOS III adopted Article 12 of the 1958 Convention almost without change in the 1982 Convention as Article 15. It is noteworthy that Hungdan Chiu used this as evidence of its status as a part of the rules of customary law. He wrote that:

> it may be argued that article 12 of the Convention has received prior acquiescence in the international community. This view is confirmed by the absence of challenge to the adoption of an almost identical article at UNCLOS III[167].

In a similar manner, Prosper Weil stated that:

> the delimitation of the territorial sea is governed by the equidistance/ special circumstances rule, [which was established] by Article 12 of the 1958 Convention in the Territorial sea and Contiguous Zone and incorporated without any difficulty by UNCLOS III in Article 15 of the 1982 Convention. [This] rule is generally regarded as having become part of customary law for purposes of territorial sea delimitation[168].

Supporting or rejecting this argument requires a consideration of two essential questions: was the formula in Article12 in its original a codification of customary law? If not, has it entered into customary law since the Geneva

(166) Shaw, for example, did not examine the question of territorial sea delimitation as a whole, although he analysed the issue of continental shelf boundary delimitation and the status of Article 6 in customary law. See Shaw, M., *International Law*, 3rd ed, Grotius Publications Limited (1991), at pp.380-7. Similarly Churchill and Lowe, op. cit., n.13, Chapter Ten.

(167) Chiu, H., "Some Problems Concerning the Application of the Maritime Boundary Delimitation Provisions of the 1982 United Nation Convention on the Law of the Sea between Adjacent or Opposite States", 9 *Maryland Journal of International Law* (1985), at p.7. To the same effect, see Degan, V. D., "Equitable Principles in Maritime Delimitations," *International Law at the Time of its Codification, Essay in Honour of Roberto Ago*, vol. 2, Milano-Dott.A. GiuffrË Editore (1987), at p.129.

(168) Weil, op. cit., n.117, at p.136.

Conference of 1958 the Norwegian representative submitted a proposal, *inter alia*, to introduce the concept of 'prescriptive usage' or 'historic title' as a ground to justify a departure from the median line system[162]. The concept of 'historic title' was thereafter adopted into Article 12 at the sixteenth meeting, by 25 votes to 13 with 31 abstentions. However, Article 12 does not clarify the meaning of historic title, nor does it provide any guidelines which could be helpful in determining the scope of historic title or waters.

This difficulty in clarifying the meaning of historic title has been stressed in the judgement of the *Tunisia v. Libya Case.* The World Court stated that: [163].

> Historic titles must enjoy respect and be preserved as they have always been by long usage. In this connection...there is neither a definition of the concept nor an elaboration of the juridical regime of historic waters[164] or historic bays [165].

The status of Article 12 in customary law

(162) There are two forms of prescription in the law, extinctive prescription and acquisitive prescription. We mean by the former "the loss of a claim by failure to prosecute it within a reasonable time"; by the latter "a title to something, e.g. a territory,...acquired by prescription, i.e. by the lapse of time under certain circumstances." The latter, not the former, is relevant to the concept of historic title. See The Study, op. cit., n.159, at para. 62; Oppenheim's, op. cit., n.9, at pp.705-8. On extinctive prescription, see Lauterpacht, H., *The Function of Law in the International Community*, Clarendon Press, Oxford (1933), at pp.93-4.

(163) Tunisia v. Libya Case, at para.100.

(164) The Court in the *Fisheries Case* defined the term "historic water" as follows: "By historic waters are usually meant waters which are treated as internal waters but which would not have that character were it not for the existence of an historic title." See the *Fisheries Case*, at p.130.

(165) A historic bay is a bay where a general rule of international law in regard to the bay does not apply. In other words, it is a bay in accordance with the notion of historic title and not the general rule of delimitation. For a discussion on the relation between historic waters and historic bays, see Bouchez, op. cit., n.98, at p.199, Judge Torres Bernrdes in his separate opinion in *the Gulf of Fonseca Case, ICJ Reports* 1992, at p.714, para.179. For the rules for regarding an indentation in the coast as a bay, see Article 7 of the 1958 TSCZ Convention. For analysis of whether the concept of historic waters is an exception to the rules laid down in a general convention, see Clark, op. cit., n.98, at pp.69-77; The Study, op. cit., n.159, at pp.7-13, paras.42-79.

guideline for determining what constitutes special circumstances"[156]. However, the Commentary on the ILC Report on the question of continental shelf delimitation indicated the following factors as constitutes special circumstance:[157] (1) exceptional configuration of the coast; (2) the presence of islands; and (3) the presence of navigable channels[158].

The second specific issue addressed in Article 12 is the historic title. The idea behind the specific recognition of the doctrine of historic title in this context was that of maintaining the *status quo* over an area when the Geneva Convention entered into force; by claiming historic title a state does not lose the rights it had prior to the Convention. As has been stated elsewhere, "states could not be expected to accept rules which would deprive them of considerable maritime areas over which they had hitherto hads overeignty"[159]. Furthermore, the World Court in the *Fisheries Case* held that there could be historic titles justifying situations which would otherwise be in conflict with international law"[160].

In the ILC report of 1953 mention was made of fishing rights as a ground which might justify a departure from the median line[161]. However, in subsequent ILC reports reference to these rights was omitted. At the Geneva

(156) Chiu, H., "Some Problems Concerning the Application of the Maritime Boundary Delimitation Provisions of the 1982 United Nation Convention on the Law of the Sea between Adjacent or Opposite States", 9 *Maryland Journal of International Law* (1985), at p. 7. See also Oppenheim's, op. cit., n.9, at p.614.

(157) *ILC Yearbook* (1956), vol. 2, at p.300, para.37.

(158) In the *Beagle Channel Award* of 1977, concerning the maritime boundary between Chile and Argentina, the Court of Arbitration took account of, inter alia, "navigability and the desirability of enabling each party so far as possible to navigate in its own waters." The *Beagle Channel Arbitration*, at para.110.

(159) The Secretariat of ILC Study in the Juridical Regime of Historic Waters, Including Historic Bays, *ILC Yearbook* (1962), vol. 2, at p.7, para.38.

(160) Fisheries Case, at p.131.

(161) The report of the Committee of Experts on Technical Questions Concerning the Territorial Sea, 1953, answer to question six. The report is reproduced in English in the *North Sea Case* Pleading, vol. I, at pp.254-8. The French version is in *ILC Yearbook* (1953), at p.77, et seq.

whether express or *de facto*, or by applying the median line system; that is, using a line every point of which is equidistant from the nearest points on the baselines from which the breadth of the territorial seas of each of the two states is measured. It is noteworthy that the median line system will be applied, in the case of opposite states, where the distance between the opposing coasts is less than twice the breadths of two territorial seas. Further, concerning the possibility of a case where there are territorial seas of different breadths opposite each other, Article 12 imposes upon states the obligation not to extend their territorial seas beyond the median line.

However, the application of the median line method could be excluded where another line is justified by reason of historic title or special circumstances(153). Article 12, it should be noted, has been adopted unchanged into Article 15 of the 1982 Convention(154).

Exceptions to the median line rule

In the report of the ILC in 1956 the term special circumstances, as mentioned above, was adopted to justify a departure from the median line system without any elaboration. Indeed, the commission itself considered that "it would be wrong to go into too much detail and that the rule should be fairly flexible"(155). Consequently, Article 12 did not "provide a general

= after the concept of the exclusive economic zone has been introduced, in which the coastal states may extend their jurisdiction up to 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured.

(153) Article 12(1) reads: "Where the coasts of two States are opposite or adjacent to each other, neither of the two States is entitled, failing agreement between them to the contrary, to extend its territorial sea beyond the median line...The provisions of this paragraph shall not apply, however, where it is necessary by reason of historic title or other special circumstances to delimit the territorial seas of the two States in a way which is at variance with this provision."

(154) Whenever Article 12 is mentioned in this work, Article 15 of the 1982 Convention is also meant.

(155) the commentary on Article 12. see ILC Yearbook (1956), vol.2,at p.271, para. 2.

other shall be determined in conformity" to the median line[150]. In the case of the latter, i.e. delimitation in a non-strait area, the median line was suggested as the basis for delimitation, where states did not otherwise reach an agreement between themselves. Thereafter the rules in the two cases were merged, following a successful proposal from the Norwegian Government, into one article,Article12, of the ILC final report of1956[151].

Delimitation of the Territorial Sea in the 1958 Convention

The two articles concerning territorial sea delimitation (Articles 12 and 14) contained in the final report of the ILC in 1956 were merged, following a proposal by Norway's Government in the Geneva Conference of 1958, into Article 12 of the 1958 Geneva Convention on the Territorial Sea and Contiguous Zone[152].

The delimitation of the territorial sea between states with opposite or adjacent coasts can, pursuant to Article 12, be achieved by agreement,

(150) Article13 paras. 1 and 2 of the ILC Report. See *ILC Yearbook* (1954), vol. 2, at pp.156-7.

(151) The Commentary of the ILC final report have said that the combination of the two articles was preferable "since the delimitation of the territorial sea in straits did not present any different problem from that of the opposite coasts of two States generally." See *ILC Yearbook* (1956), vol. 2, at p.271; For the Norwegian proposal, see *UNCLOS I Official Records*, vol. 3, at p. 193 and p. 239. Moreover, mention must be made here regarding the case of opposite states if the result of the delimitation was enclaves of sea not more than two miles across. In such a case the enclaves may be, by agreement between the opposite states, assimilated into their territorial sea area, but if the width of an area of the sea between two belts of the territorial sea is more than two miles, the area should be treated as high seas. See *ILC Yearbook* (1956), vol. 2, at pp. 257-8.

(152) The principle of equidistance, in the case of adjacent states, has been deleted from the final text of the Convention. Similarly, in the case of opposite states, the matter of elimination of pockets of high seas' enclaves between two belts of the territorial sea, has been omitted from the text of Article 12 of the Geneva Convention. This omission could be accounted for by the following reasons: (a) Among the states who took part in the Geneva Conference of 1958 there was no unanimity on the question of elimination of pockets in the high seas. Indeed when the matter was put to the vote, it was rejected by 30 votes to 25 with 13 abstentions.(b) The adoption of a straight baseline technique has, in practice, solved the problem of the enclaves of the high seas. Moreover, the idea of the elimination of pockets in the high seas becomes meaningless =

To sum up, state practice during this period was such that it would be fair to say that it failed to establish any acceptable general rule on this issue[147]. Indeed, the ILC remarked that "international practice is not uniform as far as the delimitation of the territorial sea is concerned"[148].

The work of the International Law Commission

The question of territorial sea delimitation in the ILC was raised for the first time in 1953. A distinction was made between the criteria for delimitation between adjacent states and that for opposite states. In the case of adjacent states, the principle of equidistance was suggested as a basis for delimitation of the territorial sea where the states concerned did not otherwise reach an agreement. In the final report of the ILC in 1956 the principle of equidistance was formally adopted for adjacent states under draft Article 14[149].

In the case of opposite states a distinction was drawn between the case where the delimitation was the area of a strait, and instances where the delimitation involved a non-strait area. In the case of the former it was suggested that "the limits of the territorial sea shall be ascertained in the same manner as on the other parts of the coasts, [but] if the breadth of the straits...is less than the extent of the belt of territorial sea adjacent to the two coasts, the maritime frontier of the States which are opposite each

---

(147) Ibid.

(148) ILC Report to the General-Assembly, *ILC Yearbook* (1956), vol. 2, at p.256. See also Rhee, op. cit., n.119, at p.555.

(149) The commentary of the final report, however, indicated that the delimitation of the territorial sea boundary between adjacent states could be achieved by various means; as follows: (1) by extending the land frontier out to the sea; (2) by drawing a line at right angles to the coasts at the point where the land frontier reached the sea, (perpendicular line); (3) by using the geographical parallel to draw a line at the point at which the land boundary meets the sea; (4) to draw a line perpendicular to the general direction of the coastline; (5) using the median line which should be drawn according to the principle of equidistance. See *ILC Yearbook* (1956), vol. 2, at p.18.

expressed doubt about the draft article forming a suitable part of a general rule. The US representative argued for the deleting of the words in principle. This was in order to adopt the median line as a general rule. As a result of this controversy the decision was taken to remove the issue *in toto* from the final draft of the Hague Conference[141].

In the final case, i.e. that of adjacent states, there were deeply divergent views between the members of the subcommittee of experts[142]. Hence, no draft articles in this sphere were formulated.

In the period following the Hague Conference there was support for and frequent use of the median line system in delimitation[143]. On the other hand, "some of the alternatives to the median line began to drop out of contention" [144]. Not unexpectedly, this support and use was not free from controversy, although the argument this time was more to do with the technical question of how best to draw the median line[145]. It was not until 1937 that this question was settled, when Boggs, the American Geographer, came up with a new technique to draw the median line; namely, a line "every point of which is equidistant from the nearest point or points on opposite shores of the river, lake, gulf or strait"[146].

(141) Rhee, op. cit., n.119, at pp. 576-7.

(142) Ibid., at p.576.

(143) This was because, in the words of Rhee, the "development of technical means of delimitation infused states with the desire to determine 'every inch' of their territorial sea. The median line principle appealed to this desire for precise delimitation, for no other principle had such certitude in application." See Ibid., at p.579.

(144) Johnston, op. cit., n.118, at p.131. Also see Rhee, op. cit., n.119, at p. 580. The support and use of the median line more than any other alternative methods in early practice was in fact a reflection of the fundamental notion that "the sovereignty of each [party] shall be conceived of as extending to the middle." This was in order to divide and share the area of delimitation equally and fairly between the parties. See Rhee, op. cit., n.119, at p. 585.

(145) Johnston, op. cit., n.118, at p. 130.

(146) Boggs, S.W., "Delimitation of Seaward Areas under National Jurisdiction," 45 *AJIL* (1951), at pp.256-8. For general survey on the different methods used to construct a median line, see Rhee, op. cit., n.119, at pp.580-5.

the median line, or any other line that was chosen initially to abate the inequitable result. The *Grisbadarna Award* to adjust the perpendicular line in the Grisbadarna fishery bank may be cited as an example. In this Award the adjustment was intended to preserve Swedish historical interests in this bank from falling into Norwegian hands[138].

Attempts to codify state practice

The Hague Codification Conference of 1930 was the first international attempt to codify state practice under the League of Nations[139]. In 1925 the preparatory work for the Conference began. The League of Nations Committee of Experts for the Progressive Development of International Law set up a subcommittee of three to submit draft articles on the question of territorial sea delimitation. A distinction was drawn between three different cases: (1) delimitation between opposite coasts; (2) delimitation between opposite coasts in a narrow strait; and, (3) a delimitation between adjacent coasts.

In the first case the matter had not come up for discussion, due to the fact that the acceptable breadth of the territorial sea at that period, generally speaking, was only three nautical miles. This narrow limit did not cause a major problem in delimitation in contrast to the situation which resulted from the subsequent general move to a 12 nautical miles limit. Therefore, the matter was not subject to debate at that time. In the second case the subcommittee managed to agree and formulated a draft article for the delimitation between opposite coasts in a narrow strait by using 'in principle' the median line[140]. Later on, the agreed draft articles become one of the most controversial matters. The Swedish and Danish delegates, for example,

(138) For more discussion on equitable considerations in territorial sea delimitation, see Ibid., at pp.585-7.

(139) For general survey of the proposal of other private associations in this matter, see Rhee, op. cit., n.119, at pp.574-5.

(140) Ibid., at 575-6. Using in principle the median line for the delimitation was also adopted in Article 9 of Draft Convention on Territorial Waters, See 23 *AJIL* (1929), Special Supplement, at p. 281.

practice reveals a tendency to use one method or the other for the delimitation of their territorial sea boundary. It is interesting to note that the Grisbadarna decision to use the perpendicular line method, "was not so much a victory of [this] method over the median line"[132]. Rather was it a reflection of the methods and the rules prevailing in the seventeenth century[133]. The median line, the Tribunal concluded, did not "find sufficient support in the law of nations in force in the seventeenth century"[134]. By way of contrast, the perpendicular line method, the Tribunal found, was the prevailing method at that period[135]. Hence the Tribunal adopted this method, and "spared itself the pain of choosing between the competing rules or principles of international law that had evolved since 1661"[136].

Considerations of equity

Although there has been diversity and inconsistency in state practice over using one method or another, it is possible to trace some considerations of equity in these practices. These considerations, in reality, could justify the variety of methods used in practice. The median line method, for example, was proposed in order to reach an equitable delimitation between the parties. This was done by extending the sovereignty of each party to the middle. However, in some instances, such a method would not produce the equitable result in the delimitation. An example of such an instance is when there are historical rights or if there is a navigation channel in the area[137]. Using a strict median line in such cases may deprive one party of its historical rights over an area, or place the entire navigation channel within one party's jurisdiction. Considerations of equity may require adjustment in

(132) Johnston, op. cit., n.118, at pp. 128-9.
(133) *Grisbadarna Case*, at p. 129.
(134) Ibid.
(135) Ibid.
(136) Johnston, op. cit., n.118, at p. 128.
(137) The presence of islands was not a significant problem due to the narrow limit of the territorial sea at that time. See Rhee, op. cit., n.119, at p. 586.

agreements asked the court to decide whether the boundary line was to be considered, either wholly or in part, as being determined by the boundary treaty of 1661; if not, the Tribunal "shall have power to determine the [boundary line] taking into account the circumstances of fact and the principles of international law"[127].

The Tribunal in its award held that:

> in accord with the ideas of the seventeenth century and with the notions of laws prevailing at that time...the delimitation should be made today by tracing a line perpendicularly to the general direction of the coast[128].

However, at the final sector of the boundary line, the perpendicular line had been tilted to the south, i.e. to the Norwegian side, to give Sweden a larger share of the lobster fishing in the shoal of Grisbadarna bank. This adjustment was designed to prevent the inequitable result which would result from using the perpendicular line in the Grisbadarna fishery bank. This inequitable result would allocate to Norway the larger share of the Grisbadarna fishery bank[129], despite the fact that the Swedes had used this bank "much earlier and much more effectively than the Norwegians"[130]. This adjustment to the perpendicular line had been justified on the basis of historical usage[131].

It is evident from the above that three methods were used in territorial sea delimitation in this period. The thalweg and the median line rules in the case of the delimitation between opposite coasts, and the perpendicular line and the median line for the delimitation between adjacent coasts. State

(127) See Article 3 of the Norway and Sweden Agreements of Arbitration of March 14, 1908. *see The Hague Court Report*, Scott (ed.), Oxford University Press (1916), at p.134.

(128) Ibid., at p. 129.

(129) This was in addition to their control over the whole of Skjotte Grunden fishery banks.

(130) The Norwegians had other maritime interest, such as navigation, and they were not entirely dependent, like the Swedes, upon fishing the Grisbadarna fishery bank. see Ibid., at p. 131.

(131) See below for more discussion on the concept of historic title.

addition, a common zone between the parties involved was sometime suggested to "preserve equal access and the right of navigation in straits and other channels where the 3-mile zones overlapped"[122]. In 1895 the International Law Association accepted a proposal that the median line should be regarded as the general rule for the delimitation of the territorial sea between opposite states in narrow straits or bays[123]. By way of contrast, in the case of adjacent coasts, the situation in the nineteenth century suffered from the vagueness of state practice[124]. Indeed, the Supreme Court of the United States in the *Louisiana v. Mississippi* Case in 1906 remarked that:

> Whenever it is necessary for two contiguous States to run a water boundary through an archipelago of islands off their coasts it is only possible to do so by convention, as international law provides no rule upon the subject[125]

In 1908 Deszo Darday, at the twenty-fifth Conference of the International Law Association in Budapest, suggested that the mėdian line principle could fill the gap in international law regarding the delimitation of the territorial sea between adjacent states[126].

The Grisbadarna Case

The Permanent Court of Arbitration at the Hague in 1909 presided over a dispute between Norway and Sweden concerning maritime boundary delimitation; the *Grisbadarna Case*. The parties to the arbitration

(122) Ibid., at p.565. The French-Spanish agreement in March 1879 to establish a common zone in the Bay of Figuier may be cited as an example of using a common zone method as a way of solving a dispute in cases "where mere division would not provide convenience and efficiency in the use of sea, and where interest in the sea could be exploited more equitably and effectively than by dividing them in terms of maritime space." See Ibid., at p.585; see also p.562.

(123) Ibid., at p.563. For general survey of state practice and the opinion of scholars, see Ibid., at p.564.

(124) The Mexico-US treaty of February 2, 1848, for example, stated that: "the boundary line between the two Republics shall commence in the Gulf of Mexico, three leagues from land, opposite the mouth of the Rio Grande." Quoted from Ibid., at p.564.

(125) Ibid.

(126) Ibid.

Section Two
Delimitation of the Territorial Sea Boundary

Although the origin of the concept of territorial sea as noted above goes back to the seventeenth century, the history of the delimitation of its boundary starts much later[117]. The rules and principles which were used in the late nineteenth and early twentieth centuries for this purpose had their origins in the law of boundary delimitation in rivers and lakes[118].

Early practice up to 1930

The classical tendency in discussing the matter of territorial sea delimitation is to distinguish between the case of opposite and adjacent coasts. In the case of opposite coasts there were two methods in state practice used for the delimitation: (1) the median line "based on the fundamental principle of sovereign equality"[119]; and, (2) the rule of thalweg[120] where a channel of navigation secures equal rights of navigation for both states[121]. In

---

(117) For the reason for this delay, see Weil, P., *The Law of Maritime Delimitation-Reflections,* Grotius Publications Limited, Cambridge (1989), at pp.135-6.

(118) Johnston, D.M., *The Theory and History of Ocean Boundary-Making,* McGill-Queen's University Press, Kingston and Montreal (1988), at p. 124.

(119) An example of the use of the median line is the UK-US protocol of March 1873 on the delimitation of the water boundary between the two states. The protocol "applied the median line principle flexibly by ignoring rocks and taking navigational routes into consideration." See Rhee, S.M., "Sea Boundary Delimitation between States before World War II," 76 *AJIL* (1982), at p. 561; see also p. 556.

(120) The term 'thalweg' means "the deepest channel in the riverbed, [and] the most easily navigable part of the rivers." The term 'thalweg' has its origins in river law but it is sometimes employed in the law of the sea. For more details, see Johnston, op. cit., n.118, at p. 125.

(121) The US Supreme Court in the *Louisiana v. Mississippi Case* of 1906 stated in relation to this that: "Where there is no necessary track of navigation, the line of demarcation is drawn in the middle...but wherever there is a deep water sailing channel therein...the rule of the thalweg applies." Quoted from Rhee, op. cit., n.119, at pp.561-2.

. By way of contrast, the right of innocent passage for foreign merchant ships is reaffirmed in section one of this Article. In respect to the passage of aircraft over the territorial sea, there is no right, as a general rule, of overflight existing over a territorial sea. Therefore, the passage of foreign aircraft, whether merchant or military, is subject according to Article 38(2) of the 1982 Conventionto prior authorization or notification. But, where the territorial sea includes a strait which is used for international navigation, such as the Strait of Hormuz, foreign aircraft enjoy the rights of transit passage regardless. Although the UAE lies close to the Strait of Hormuz, it is a matter of geographical and geopolitical acceptance that the Strait, as it appears from the map below, "lies between Iran on the north and north-west and Oman on the south"[(115)]. This indeed is reflected in the fact that the two littoral states in the Strait reached, in 1974, an agreement to determine the boundary line between their territorial sea areas in the Strait of Hormuz[(116)]. As a result the right of overflight over the UAE's territorial sea is subject to prior authorization, since the UAE is not geographically a strait state.

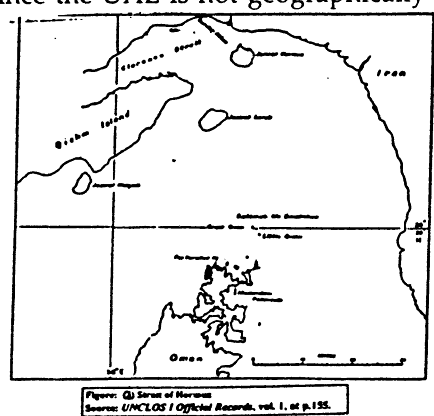


Figure: (2) Strait of Hormuz
Source: *UNCLOS I Official Records*, vol. 1, at p.135.

= n.22, at pp.618-20; O'Connell, op. cit., n.5, at pp.274-97; Jessup, op. cit., n.12, at p.120; Bowett, op. cit., n.52, at p.418; McDougal and Burke, *The Public Order of the Oceans*, Yale University Press, USA (1962), at pp.192-4; Gilmore, op. cit., n.20, at p.9, para.9.

(115) For further geographical description to the Strait of Hormuz, see *UNCLOS I Official Records*, vol. 1, at pp.129-30.

(116) For the text of the agreement, see *International Maritime Boundaries*, Charney & Alexanders (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, the Netherlands (1993), at p.1508.

from the low-water mark where the coast of the mainland or a shore is exposed to the open sea. Second, from a straight line not exceeding 24 nautical miles in length joining the low-water marks of the entrance of bays. Third, from a straight line joining the outer points of the outermost islands forming the group. Fourth, from lines drawn adjacent to the seaward side of the outermost port or harbour installations. Fifth, from a low-tide elevation where it is wholly or partly situated at a distance from the mainland or from an island not exceeding 12 nautical miles[112].

The UAE Federal Law thus reproduces the rules and the principles of the 1982 Convention on the subject of baselines. The first mentioned baseline is found in Article 5 and the remaining baselines follow closely; Article 10(4) dealing with bays; Article 7(1) dealing with "locations where the coastline is deeply indented and cut into, or if there is a fringe of islands along the coast in its immediate vicinity"; Article 11 dealing with ports; and Article 13(1) dealing with low-tide elevations.

Having said that Article 4 extends the UAE sovereignty over the territorial sea, it should be stressed that it does not elaborate on the scope of this sovereignty. However, it makes reference to other provisions of the Federal Law and to the rules of international law, according to which the UAE should exercise its sovereignty. As we have noted, a coastal state in general is entitled to exercise legislative and enforcement jurisdiction over foreign merchant ships in its territorial sea area[113]. The right of innocent passage is enunciated by Article 5 of the Federal Law. This Article denies the right of innocent passage to foreign warships without prior permission[114]

---

(112) If the measurement of the UAE territorial sea resulted in a situation where an area of the EEZ was wholly surrounded by the territorial sea. Article 7 of the Federal Law in this relation provides that such an area shall form part of the state territorial sea, if it extends not more than 12 nautical miles .

(113) See above at pp.7-8.

(114) In international law there is some controversy over the recognition of an equivalent right for warships. For example, the Court in the Corfu Channel Case avoided answering the questioning of innocent passage of warships through territorial seas not included in a strait. See *ICJ Reports* 1949, at p.30. See also Oppenheim's, op. cit., =

"being the smallest claimed for the territorial sea during modern times"[106]. The justification for the automatic attachment of the territorial sea to any coast is that international law asserted certain rights and imposed certain obligations on a coastal state in respect to its sovereignty over the territorial sea[107]. These obligations presuppose the existence of a territorial sea where such duties can be fulfilled[108]. This extension of sovereignty does not depend on any municipal law or any national declaration[109]. In short, there are *ipso jure rights*[110]. A municipal law, however, is necessary to determine the outer limit of the territorial sea, or "for the purpose of making special claims"[111]. Hence, national legislation on the territorial sea, such as the 1993 UAE's Federal Law, did not convert a territorial sea area into the property of the UAE, but merely extended the breadth of this area to 12 nautical miles, andillustrated in some detail its existent sovereignty over it.

The UAE Territorial Sea

The United Arab Emirates has adopted the doctrine of a 12- nautical-mile limit. Article 4 of the Federal Law reads:

> The sovereignty of the State extends beyond its land territory and internal waters, to its territorial sea, the air space over the territorial sea as well as its bed and subsoil. The state shall exercise itssovereignty over the territorial sea in accordance with the provisions of this Law and the rules of international law.
> The territorial sea of the State means the belt of sea waters beyond its land territory and internal waters and adjacent to its coast. It extends towards the sea with a breadth of 12 nautical miles from the baseline.

Five possible baselines are listed in Article 6 of the Federal Law. First,

(106) Churchill and Lowe, op. cit., n.13, at p.68. See also above at p.10.
(107) See for example the obligation in Article 15(2) of the TSCZ (now Article 24(2) of the 1982 LOS). See also Fitzmaurice, op. cit., n.1, at pp.204-5.
(108) Judge McNair's dissenting opinion, op. cit., n.102; Churchill and Lowe, op. cit., n.13, at p.68.
(109) Judge McNair's dissenting opinion, op. cit., n.102.
(110) *ILC Yearbook* (1950), vol. I, at p.229. See also *Oppenheim's International Law*, vol.1, 8th ed., Lauterpacht H. (ed.), Longmans, London (1955), at pp.501-2. For further details, see O'Connell, op. cit., n.13, at p.352; Churchill and Lowe, op. cit., n.13, at p.68.
(111) Fitzmaurice, G., "The General Principles of International Law," 92 *AcadÉmie De Droit International* (1957-II), at pp.136-7.

claiming maritime zones for the State[101]. One may suggest that the member Emirates were so entitled, since the jurisdiction of the Union was limited to the matters which were assigned to it in the Constitution[102]. However, in so far as claiming an off-shore zone is an act of foreign affairs, the Unionnot the member Emiratesis entitled to exercise such a power[103]. Indeed, in 1993 the Union authority issued a Federal Law to claim off-shore zones for the UAE. Federal Law no. 19 in respect of the Delimitation of the Maritime Zones of the United Arab Emirates makes provisions which cover five zones of maritime territory; internal waters, the territorial sea, the contiguous zone, the continental shelf and the EEZ[104]. It also specifies the nature of the legal regime claimed in respect of these zones and stipulates the limit of the territorial sea, the contiguous zone, the continental shelf and the EEZ. In this paper we shall limit our discussion to the territorial sea.

Notwithstanding the fact that the 1993 Federal Law was the first municipal law to deal with the question of the territorial sea, it is difficult to hold that the UAE (and the Trucial States previously) had no territorial sea prior to that date. This was because, in the prevailing view in the literature[105], the sovereignty of a coastal state extends automatically by virtue of its sovereignty over the land, to a minimum belt of territorial sea around its coasts. The three miles limit had been generally accepted as

(101) See the introduction for a discussion on the Union and the individual components respective jurisdiction.

(102) Articles 2 and 3 of the Constitution.

(103) According to Article 120 of the Constitution the matter of foreign affairs falls within the exclusive legislative and executive jurisdiction of the Union.

(104) *UAE Official Gazette,* issue No. 257, 1993. An English translation of this 1993 Federal Law may be found in *Law of the Sea Bulletin* Series, United Nations Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea Office of Legal Affairs, No. 25, June (1994), at pp.94-100.

(105) Fitzmaurice, op. cit., n.1, at pp.202-3; Judge McNair's dissenting opinion in *Anglo v. Norwegian Fisheries Case, at p.166; Abu-Dhabi Arbitration,* at pp.151-2; the *Beagle Channel Arbitration,* at p.179, para. 98.

including the Sheikhdoms, may therefore claim a 6-mile belt of territorial waters[96].

In 1969 the first clear modern legislation concerning the question of the territorial sea was enacted in the Emirates. The Amir of Sharjah, on 10 September 1969, issued a Decree concerning the territorial sea of the Emirate of Sharjah and its Dependencies, and the territorial waters of its Islands. Article 1 reads:

> The extent of the territorial sea of Sharjah and its Dependencies, and the territorial waters of its Islands, is twelve nautical miles, as measured by the rules of the territorial water Treaty issued by the Geneva Conference in 1958[97][98].

(2) The period after 1971

After the formulation of the Federation the UAE Government took part in the Third United Nations Conference on the Law of the Sea and supported the doctrine of 12 nautical miles for the territorial sea limit[99]. On 10 December 1982 the UAE signed the final Act of the conference but, to date, it has failed to ratify the resulting convention[100]. At the domestic level, the UAE Constitution did not specify the authority that was responsible for

---

(96) Italics added. See *Arabian Boundaries Primary Documents* 1853-1957, vol. 21, Territorial Waters and Seabed Claims, Schofield and Blake (eds.), Archive Editions, Redwood Press Ltd., England (1988), at p.98; Al-Awadi, op. cit., n.45, at p.229; Al-Khateeb, M., *The Legal Status of the Territorial Sea*, Thesis for Doctorate in Law, Cairo (1975), at p.670.

(97) For the text of the Amir of Sharjah's Decree, see the Report of Trucial States Mediation, unpublished studies on the matter of Sharjah Territorial Sea and Continental shelf rights. The report was prepared in 1970 by Bathurst, Jennings, and Ely and submitted to Sir Gawain Bell. A copy of the Sharjah Decree of 1969 is reproduced in Arabic and English on p.36 of vol. 2 of the report. Access to the report was kindly allowed by Clifford Chance Office, London, 1996.

(98) In March 1970, one year before the formation of the United Arab Emirates, a supplementary Decree to the 1969 decree was issued by the Emirate of Sharjah government. The text of this supplementary decree is reproduced in Al-Baharna, op. cit., n.89, at pp.402-3.

(99) UAE statement on the 34th meeting-9 July 1974, *UNCLOS III Official Records*, vol. I, at p.141, para.35.100 See *Limits in the Seas, Series* No.36 (1995), at p.152.

(100) See *Limits in the Seas*, Series No.36 (1995), at p.152.

At the domestic level there was no specific claim for territorial sea limits until late 1960. Prior to that time it was assumed that the three-nautical-mile limit was the breadth of the Emirates' territorial sea. The basis for this belief is reflected by a number of facts. Firstly, during this period the Emirates, as noted earlier, had a special relationship with the United Kingdom, which had supported the three-mile rule. Hence it was assumed that the rule would apply to the Emirates[(92)] Secondly, a three-mile limit for oil concessions was claimed by some Emirates[(93)]. Finally, Lord Asquith in the Abu-Dhabi Arbitration stated, in regard to the Abu-Dhabi territorial sea limit, that:

> I should have thought [the territorial water] expression could only have been intended to mean the territorial maritime belt in the Persian Gulf, which is a three mile belt[(94)].

Professor Young, however, expressed his doubt as to whether Abu-Dhabi, except for the allocation of oil concessions, was bound by Lord Asquith's statement. His view was that since "the two principal coastal states, Iran and Saudi Arabia, [had] each expressly declared their adherence to a six-mile limit," it was erroneous to assert that a three-mile belt was the limit of the territorial sea in the Gulf[(95)]. Indeed, Commanders Kennedy and Boggs in a joint report in 1948, regarding an orderly and equitable longitudinal line and lateral jurisdictional line in the Arabian Gulf, suggested that:

> Questions relating to the "seaward limit of territorial waters" involve...questions regarding the width of the zone...Iraq and perhaps all other former Turkish states,

---

= during their special relationship with the British government.

(92) Al-Baharna, H., *Arabian Gulf States*, 2nd ed, Librairie De Liban, Beirut (1975), at p.281.

(93) See, for example, the 1950 Oil Concession Agreement between the Ruler of Abu-Dhabi Emirate and the Superior Oil Company. The text of the agreement is reprinted in the *Arabian Treaties:* 1600-1960, Tuson P. and Quick E. (eds.), Archive Editions, vol.2, Redwood Press Ltd., England (1992), at p.729.

(94) *Abu-Dhabi Arbitration*, at p.151.

(95) Young, R., "Lord Asquith and the Continental Shelf," 46 *AJIL* (1952), at p.515.

(1) The period prior to 1971

At the international level the member Emirates did not participate either at the First or the Second UN Conference of 1958 and 1960, respectively, on the Law of the Sea. This was for two main reasons: (1) The United Kingdom was responsible, by virtue of the 1892 agreement, for the foreign affairs of these Emirates in 1958 and 1960; (2) The lack of relevant experts in these Emirates would, in any event, have been an obstacle to taking a full and effective part at these international gatherings even if participation had been otherwise possible.

Moreover, these Emirates did not subsequently ratify any of the Geneva Conventions on the Law of the Sea[89]. Notwithstanding the debates of the legal status of the Emirates during their special relationship with the British, it should be noted that the UK never sought to extend its participation in multilateral conventions to the entities in question. Indeed it has specifically stressed this issue. For example, the British Government appended the following declaration to its ratification[90] to the 1958 Territorial Sea and Contiguous Zone Convention:

> ratification of this Convention on behalf of the United Kingdom does not extend to the States in the Persian Gulf enjoying British protection. Multilateral conventions to which the United Kingdom becomes a party are not extended to these States until such times as an extension is requested by the Ruler of the Statesconcerned[91].

(89) Thus it would only be bound by the provision of these Conventions so long as they were regarded as reflecting customary law.

(90) The British Government ratified the 1958 Territorial Sea and Contiguous Zone Convention on 14 March 1960. See the *Multilateral Treaties deposited with the Secretary-General,* UN publications, New York (1986), at p.679. Similar action was taken in respect of its ratification to the High Sea Convention of 1958, see Ibid., at p. 687; the Fisheries Convention of 1958, see Ibid., at p.692.

(91) It is worth mentioning here that, despite the generality of the last sentence of this declaration, the British government made no such declaration in the case of the 1958 Continental Shelf Convention. Whatever the reason for that omission, one could hardly conclude that the right of assertion jurisdiction and control over the sea-bed and subsoil area adjacent to the Emirates' coasts, did not lie within the jurisdiction of these Emirates. Indeed the assertion of jurisdiction over the continental shelf area was, with the exception of the Sharjah Emirate, the only maritime zone the Emirates had claimed =

islands and technical installations[86]. Jessup, in this regard wrote that:

> It would be dangerous doctrine in many parts of the world to allow states to appropriate new areas of water by means of structures on hidden shoals[87].

In addition, international law draw a distinction between an island and low-tide elevation. Article 13 of the 1982 Convention has defined the latter as "a naturally formed area of land which is surrounded by and above water at low-tide but submerged at high-tide." The difference between an island and a low-tide elevation is that a naturally formed area of land which is surrounded by water would be accounted according to international law island, if above the water at high-tide, and a low-tide elevation, if submerged at high-tide. International law recognizes, in principle, that an island is capable of having maritime zones, and that a low-tide elevation is not. Notwithstanding this fact, Article 13 of the 1982 Convention, nonetheless, gives limited effect to low-tide elevations for the purpose of drawing normal baselines. However, this is subject to the condition that the low-tide elevation should be situated wholly or partly at a distance not exceeding the breadth of the territorial sea from the mainland or an island. Similarly, in regard to the use of straight baselines, low-tide elevations may be employed as basepoints only if lighthouses or similar installations, which are permanently above sea level, have been built on them; or, the 1982 Convention adds, where the drawing of baselines to and from such elevation has received general international recognition[88].

The doctrine of the territorial sea in the United Arab Emirates

The developments of the territorial sea regime in the UAE can best be examined in two stages, (1) before 1971 during the period of the Trucial States; (2) after 1971 under the Federal State.

---

(86) An exception to this prohibition is that a coastal state, which is in accordance with Article 60(4) of the 1982 Convention, has the right to establish a 500-metre safety zone around these artificial islands and installations.

(87) Jessup, op. cit., n.12, at p.69.

(88) Article 7(4) of the 1982 Convention.

Churchill and Lowe in a similar manner assert that:

> The twelve-mile limit is now firmly established in international law, and it is likely that the practice, if not always the legislation, of all States will in the near future be brought into line with this limit[83].

(9) Islands entitlement to territorial sea

An island has been defined in Article 121(1) of the 1982 Convention as "a naturally formed area of land surrounded by water, which is above water at high-tide." This paragraph reproduces Article 10(1) of the 1958 Territorial Sea and Continuous Zone Convention. The entitlement of islands to maritime zones is, in principle, on an equal footing to that of other land territory. Article 121(2) of the 1982 Convention states:

> Except as provided for in paragraph 3, the territorial sea, the contiguous zone, the exclusive economic zone and the continental shelf of an island are determined in accordance with the provisions of this Convention applicable to other land territory.

This equal entitlement of islands to zones of maritime jurisdictions has been reinforced in case law whenever the question has arisen. For example, in the *Dubai/Sharjah Award*, the Court of Arbitration stressed that "every island, no matter how small, has its belt of territorial sea"[84]. Elsewhere, the Court of Arbitration was to remark that The "entitlement of an island, as well as a mainland, to a continental shelf is well established" [85].

Having said that an island is a naturally formed area of land, international law does not, in principle, recognize any effect for artificial

---

(83) See Churchill and Lowe, op. cit., n.13, at p.67. Moreover, the government of the United Kingdom stated in the *Anglo/French Arbitration* of 1977 that "coastal States today have a right under international law to extend their territorial sea to 12 miles. [The Court of Arbitration accepted the British argument, and thus took] account of the potentiality of an extension of [the Channel Islands] territorial sea from three to 12 miles." *Anglo/French Arbitration*, at para.187.

(84) *Dubai/Sharjah Award*, at p.673.

(85) Ibid., at p.675.

accepting the Convention,[79] and thus the number of ratifications increased only slowly. Most states who initially ratified the Convention were developing states. An attempt to enhance the prospect for widespread ratification of the convention originated in 1990 under the leadership of the UN Secretary General. On 28 July 1994 an agreement relating to the implementation of Part XI of the 1982 Convention was adopted by a vote of 121 in favour, none against, and7 abstaining. This agreement "substantially accommodates the objections of the United States and other industrial states to the deep seabed mining provisions of the Law of the Sea Convention"[80]

(8) The Breadth of the Territorial Sea in the 1982 Convention

The Convention, with regard to the breadth of the territorial sea, adopted, in Article 3, the doctrine of the twelve-mile limit. Not surprisingly, the provisions of this Article had been incorporated in approximately 117 instruments of national legislation by 1994[81]. This wide adoption of Article 3 presents the question of whether or not it reflects present-day customary law. Regarding this, Shaw has written that:

> Article 3 of the 1982 Convention...accords with the evolving practice of states [and there] is little doubt that this now reflects customary international law[82].

---

(79) For example, President Reagan declared that the US would not sign the Convention because of its objection to Part XI dealing with deep sea-bed mining. See US Ocean policy statement, March 1983. Printed in the *Limits in the Seas*, Series No.112, March 9 (1992), at pp. 78-80.

(80) Oxman, B., "Law of the Sea Forum: the 1994 Agreement on the Implementation of the Sea-bed provisions of the Convention on the Law of the Sea," 88 *AJIL* (1994), at p.695. See also Galdorisi, G., "The UN Convention on the Law of the Sea: A National Security Perspective," 89 *AJIL* (1995), at pp.208-13. And see 27 *ODIL*, Special Double Issue in the New Law of the Sea, no.1 and 2 (1996). See also Jagota, S.P., The Problems arising at the time of the Entry into Force of the 1982 Law of the Sea Convention, Paper submitted at Qatar Conference on International Legal Issue Qatar, March 22-25 (1994).

(81) In contrast there were some other claims, as follows: 6 states still claiming 3-nm./ 2 states claim 4-nm./ 3 states claims 6-nm./ one state claims 20-nm./ 2 states claims 30-nm./ one state claims 35-nm/ one state claims 50-nm./ one state claims 200-nm/ and finally one state claims a rectangle. For more details, see *Limits in the Seas*, Series No. 36, 7th Revision, January 11 (1995), at p.166.

(82) Shaw, op. cit., n.22, at p.349. See also O'Connell, op. cit., n.5, at p.166.

support between various claims: for example, support for navigation freedoms in straits and in the Exclusive Economic Zone (EEZ) in return for support for claims for sovereign rights over resources"[75].

However, when attempts to achieve consensus had been exhausted, it was agreed that the formal votes rule, such as the traditional two-third majority, should be applied. The Conference carried on its work on a consensus basis until the final text of the Convention came up for approval, when the delegation of the United States called for a vote. The Convention was adopted by 130 votes in favour to 4 against, with 17 abstentions. The four negative votes were cast by Israel, Turkey, the United States and Venezuela; the abstentions included the Federal Republic of Germany and the United Kingdom[76].

The United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982, [hereafter the 1982 Convention] was opened for signature on 10 December 1982 at Montego Bay in Jamaica. It was subject to ratification or accession by states, and was to enter into force 12 months after the date of deposit of the 60th instrument of ratification or accession. It entered into force on 16 November 1994[77]. The present status of the Convention, as of 30 July 1998, was that 127 instruments of ratification, accession and succession had been deposited with the Secretary General of the United Nations. The last state which deposited its instrument of ratification was Surinama[78].

The delay in its entering into force was due to the fact that the industrialized states withheld their support or rejected the Convention. Part XI was the main reason that prevented industrialized states from

(75) Tommy Koh and Shanmugam Jayakumar, op. cit., n.71, at p.40.

(76) *Limits in the Seas*, Series No.36, at pp.171-80.

(77) The 60th ratification was deposited by Guyana with the United Nations Secretary General on 16 November 1993.

(78) UN Legal Office, The Status of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 Dec. 1982. See Internet information service: http:// www.un.org/ Depts/ los/ los 94st. htm

their then colonial status[71]. Furthermore, "many States were increasingly concerned about the problems of overfishing and marine pollution off their coasts, neither of which could satisfactorily be controlled within the narrow jurisdictional limits on which the 1958 regime was based"[72] The need to work out a comprehensive convention on the law of the sea, therefore, was put forward by many states. The General Assembly, as a result, adopted in 1970 Resolution No. 2750 by which it decided to convene a UN Conference "in order to carry out the negotiations and other work required to complete the drafting and adoption of articles for a comprehensive convention on the law of the sea"[73].

Unlike the Hague and Geneva Conferences, the Third United Nations Conference on the Law of the Sea had no text or report as a basis for discussion. It was, from the beginning, "seen as a political rather than a narrowly legal enterprise"[74]. The first meetings were held in New York between 3 and 15 December 1973 to examine the rules of procedure.The problem of voting was the most difficult issue. The Conference adopted rules of procedure for discussion. In accordance with these rules, it was to conduct its discussion by way of consensus rather than through formal votes. In addition, the "Conference agreed to work on the basis of a 'package deal'. Implicit in this package deal concept was the assumption that the Convention should meet the minimum interests of the largest possible majority while accommodating the essential interests of the major powers and the dominant interest groups. Another assumption implicit in this package deal concept was that there would be trade-offs and reciprocal

(71) Tommy Koh and Shanmugam Jayakumar, *The Negotiating Process of the Third United nations Conference on the Law of the Sea, United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A commentary*, vol. I, Nordquist, M.H. (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, the Netherlands (1985), at p.38.

(72) Churchill and Lowe, op. cit., n.13, at p.14. See also Tommy Koh and Shanmugam Jayakumar, op. cit., n.73, at p.38.

(73) *UNCLOS III Official Records*, vol. 1, at p. vii.

(74) Churchill and Lowe, op. cit., n.13, at p.14.

into two categories; The first proposal was a limit of twelve nautical miles, but if the breadth of a state's territorial sea is less than this limit, it "may establish a fishing zone contiguous to its territorial sea provided, however, that the total breadth of the territorial sea and the fishing zone does not exceed twelve nautical miles"[67]. The second category suggested a six-mile territorial sea zone with a further six-mile fishing zone[68]. At the end of the Conference on 26 April 1960, no formulation had achieved the two-thirds majority required for approval[69].

(7) The Third United Nations Conference on the Law of the Sea

The origins of the Third United Nations Conference on the law of the sea date back to 1967, when the General Assembly, following a proposal by the ambassador of Malta, adopted a resolution to establish a Sea-Bed Committee in order to examine the legal regulation of the deep sea-bed beyond national jurisdiction[70]. However, in the post-1958 period, many newly independent states also wanted to review the 1958 Conventions because they did not have any role in the formulation of their articles due to

---

(67) The 12-nautical-mile limit was embodied in the Soviet Union proposal of 21 March 1960; in a 16-power proposal in April, 1960, and finally by the Mexico proposal of 21 March 1960, with some differences with respect to fishing zones when the breadth of the territorial sea was less than 12 nautical miles, see Ibid., at pp.122-4.

(68) This was expressed in the US proposal of 23 March 1960, and in the Canadian proposal of 24 March 1960. In April, of the same year, the US and Canada each withdrew their earlier proposal in favour of a joint Canadian-US proposal with the same draft.

(69) The joint Canadian-US proposal failing by only one vote to obtain the requisite majority. See Ibid. at p.136.

(70) Churchill and Lowe, op. cit., n.13, at p.13. For a historical background on UNCLOS III, see Nordquist M.H. and Choon-ho P. (eds.), *Reports of the United States Delegation to the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, The Law of the Sea Institute, Occasional Paper no. 33, Honolulu (1983), at pp.6-25; Gilmore, op. cit., n.20, at para.3.

within the national jurisdiction of the strait states, instead of being a part of the high seas where the territorial sea is limited to three nautical miles[61].

3. Some states, especially those which depended primarily on fishing activities[62], called for the12-nautical-mile limit to secure the maximum area of exclusive fisheries, "since territorial waters gave such exclusive" rights[63]. While, on the contrary, the "long-range fishing states"[64] insisted on maintaining to the 3-nautical-mile limit. This was to minimize the area of territorial seas, where their fleets could be excluded from fishing[65]

(6) The Second United Nations Conference on the Law of the Sea

This conference was held at Geneva from 17 March to 26 April 1960 "for the purpose of considering further the questions of the breadth of the territorial sea and fishery limits"[66] A number of proposals were submitted to the Conference and can, generally speaking, be divided

(61) The US Department of Defence in a memorandum entitled "National Security and UN Convention on the Law of the Sea", suggested that about 135 straits "would have been closed as a result of the extension of the territorial sea to 12 NM." This problem, however, has been solved between the parties to the 1982 Convention by the provisions of Part 3 of the Convention which provides the right of transit through and over international straits. See the US Department of Defence Memorandum of July 1994, published in internet information services: http ://www .clark.net /pub/ diplonet/ dod.jcs.htm/. For further discussion on this regime see Churchill and Lowe, op. cit., n.13, Chapter Five; Moore, J. N., "The Regime of Straits and the Third United Nations Conference on the Law of the Sea," 74 *AJIL* (1980), at pp.77-121; Reisman, W.M., "The Regime of Straits and National Security. An appraisal of International Lawmaking," 74 *AJIL* (1980), at pp.48-76; Schachte L. and Bernhardt A., "International Straits and Navigational Freedoms," 33 *VJIL* (1993), at pp.530-89; Gilmore, op. cit., n.20, at pp.9-70, para.10.

(62) Such as Iceland, Mexico and Chile.

(63) Bowett, op. cit., n.34, at p.10.

(64) Such as France, the United Kingdom and the United States.

(65) Bowett, op. cit., n. 34, at p.10.

(66) The United Nations General Assembly in a Res. no.VIII on 27 April 1958, see Whiteman, op. cit., n.24, at p.119.

Japan, and the United States retained the three miles[56]. Other states such as Russia[57] and Iran claimed a 12-mile territorial sea limit[58]. The Scandinavian countries four miles, and several states, such as Spain, Italy, France and the Ottoman Empire, claimed to have control of specific activities beyond the three-mile limit[59].

The situation did not improve in the first UN Conference on the Law of the Sea. The 1958 Territorial Sea and Contiguous Zone Convention which resulted from the Conference contained no article on the issue. This remarkable omission was a reflection of the conflict in the national interests between small states and superpowers. This conflict was centred, *inter alia*, on the following:

1. Small states were anxious to claim a 12-nautical-mile limit to keep the superpower fleets at a reasonable distance from their coasts. By way of contrast, the superpowers were anxious to minimize the limit of the territorial seas, thus being able to exercise a 'gun-boat' diplomacy and thereby put some pressure on small states[60].
2. Major naval states considered the extension of the territorial sea limit to a 12-nautical-mile as a threat to the freedoms of their forces' mobility rights, especially in international straits. Hence they did not accept the new limit, since such limit would cause some international straits, like the Strait of Hormuz, to be

(56) Jessup, op. cit., n.12, at p.62; Dickinson, E.D., "Jurisdiction at the Maritime Frontier," 40 *Harvard Law Review* (1926), at p.3.

(57) See the statement of Mr. Sazonoff, the Russian Foreign Secretary, reproduced in Jessup, op. cit., n.12, at pp.27-8. A translation of the Russian Law of 29 May 1911 in extending Russian territorial sea limit was reproduced in the Report Harvard Draft Convention, op. cit., n.50, at p.257.

(58) See the Iranian Act of 1959 on the Territorial Waters and Contiguous Zone, *United Nations Legislative Series, National Legislation and Treaties Relating to the Law of the Sea*, New York (1974), at p.10.

(59) Jessup, op. cit., n.12, at p.63; Churchill and Lowe, op. cit., n.13, at p.66; Oppenheim's, op. cit., n.22, at p.612.

(60) Bowett, op. cit., n.34, at pp.7-9; Bowett, D.W., "The Second UN Conference on the Law of the Sea," 9 *ICLQ* (1960), at pp.416-8.

the territorial sea limit[52]. The effect of this on the territorial sea limit was, as Gidel said, that it "killed the claim of the 3-mile limit to be a definite rule of international law[53]."

(5) Subsequent attempts to formulate an acceptable breadth

The ILC attempt to codify the rules of international law on a territorial sea limit was unsuccessful. The members of the ILC held conflicting views throughout the period between 1952 and 1956. "Some members of the Commission even felt that there is no rule of international law fixing a universal breadth for the territorial sea. At its eighth session in 1956, no single view was subscribed to by a majority of the members of the Commission, and it was unable either to formulate a statement of the existing law or to propose a new rule of international law"[54].

The inability of the ILC to reach a conclusion can be understood in the light of the state practice of that time. This practice might suggest that the three miles was the minimum distance which had been claimed by coastal states[55]. State practices with respect to the maximum limit of the territorial sea exhibited differences. Some states such as Britain, Germany,

(52) See Whiteman, op. cit., n.24, at p.15. see also Oppenheim's, op. cit., n.22, at p.612.

(53) Quoted from Waldock, C.H.M., "The Legal Basis of Claims to the Continental Shelf," 36 *The Grotius Society* (1951), at p.116.

(54) Whiteman, op. cit., n.24, at p.76. The ILC, after coming out with draft articles concerning the law of the sea, recommended that: "the General Assembly should summon an international conference of plenipotentiaries to examine the law of the sea, ... and to embody the results of its work in one or more international conventions or such other instruments as it may deem appropriate." See *UNCLOS I Official Records*, vol.1, at p.172, para.4. On 21 February 1957, the General Assembly adopted resolution no. 1105 (XI) to carry out the ILC. recommendation, see Ibid., at p.172, para. 2.

(55) See Mr. Thomas Jefferson's, the Secretary of State of the United States of America, note to the British Minister Mr. Hammond, and to the Minster of France Mr. Genet, reproduced in Harvard Draft Convention, op. cit., n 50, at p. 252; and see Saudi Arabian draft resolution to the First United Nations Conference on the Law of the Sea, Document A/conf-13/c.1/L.153, *UNCLOS I Official Records*, vol. 8, at p.251. See also Churchill and Lowe, op. cit., n.13, at p.68; Abu-Hife Ali, *Al-qanun aldwly alјm* (Public International Law), 2nd ed, Al-bsir Press, Egypt (1948), at p.300.

artillery present at various places on coastline[45]. The cannon-shot doctrine, however, was not a universal approach in determing the limit of the territorial sea. Scandinavian states, for example, preferred to claim "maritime dominium over fixed distances from the shore along the whole coastline, regardless of the presence or absence of shore batteries. These distances were progressively narrowed from those claimed around the sixteenth century, and had largely settled at the four-mile Scandinavian 'league' by the mid-eighteenth century[46]." In 1782, Galiani suggested replacement of the cannon-shot doctrine by a fixed limit of three miles along the shore of the coastal state. This limit was chosen as a matter of convenience and reasonableness and not because the 3-nautical-mile was the precise range of a cannon in that day[47].

Because the three-nautical-mile limit was to meet the interest of major naval powers in minimizing the area of national jurisdiction, and maximizing the area of high seas, it received wide-spread support from these states[48]. However, a claim for a wider limit was asserted by some states[49]. This wider claim was sometimes extended up to twenty nautical miles[50]. These different positions[51] were manifested in the Hague Conference, and caused the failure to reach an agreement on the question of

(45) See the remark of Churchill and Lowe, op. cit., n.13, at p.65.

(46) 46 Ibid.

(47) Ibid. See also Oppenheim's, op. cit., n. 23, at pp.611-2.

(48) For further discussion, see below at pp.11-2.

(49) Churchill and Lowe, op. cit., n.13, at p.66.

(50) See the comment of Article 2 of the draft convention in Territorial Waters. A research organized by the Faculty of the Harvard Law School. (hereafter referred to as the Harvard Draft Convention). For more information about the research of Harvard Law School, see 23 *AJIL* Supplement, Special Number (1929), at p.3. The draft convention reprinted in the 23 *AJIL* Supplement, Special Number (1929), at pp.243-5. The comment of Article 2 is in the Supplement to 23 *AJIL*, at pp.250-6. The said report also gives an explanation for the differences between states in respect to the territorial sea limit, see the Supplement to 23 *AJIL*, at p.250. See also Churchill and Lowe, op. cit., n.13, at p.66.

(51) For a general survey on states' statements and national legislation concerning the territorial seas' limit, see Harvard Draft Convention, Ibid., at pp.252-74.

territorial sea to prevent passage which is not innocent[39], or to exercise in some cases[40] a criminal jurisdiction on board a foreign merchant ship[41] passing through the territorial sea to arrest any person or to conduct any investigation in connection with any crime committed on board the ship during its passage on the territorial sea[42].

(4) The breadth of the territorial sea

The difficulty of maintaining a balance between two opposing important principles, viz. the coastal states' respective interests in the belt of water contiguous to their coasts, and the principle that the sea is open to all, resulted in a disagreement among nations as to how to determine an acceptable limit for the territorial sea area. There were a number of vague criteria that had been used to determine that limit, such as the limits of visibility[43]. However, the principle of protection, which coastal states used to justify their claims to the territorial sea, had drawn Bynkershoek's attention to suggest the "cannon-shot" doctrine as a criterion to be used in determining the limit of territorial seas[44]. To do so, it was necessary to have

(39) The 1982 Convention thoroughly illustrates the activities which may deprive the passage of a foreign ship of its innocent character. In the present context it will suffice to assert that passage is innocent as long as it is not prejudicial to the peace, good order or security of a coastal state. See Article 19 of the 1982 Convention.

(40) See Articles 27, 73, 56(b), Article 220 (paras. 3, 5 and 6) and Article 211.

(41) Warships and other government ships operated for non-commercial purpose enjoy immunities from coastal state enforcement jurisdiction. In the event of non-compliance with the laws and regulation of coastal states, they may be "required to leave the territorial sea immediately." See Articles 30, 32 and 236 of the 1982 Convention.

(42) Article 27(5) of the 1982 Convention.

(43) For more discussion, see Wilder, op. cit., n.8, at pp. 698-9; Al-Awadi, B., *General Principles of International Law of the Sea and Its Applicability in the Arabian Gulf,* Kuwait University Press, Kuwait (1988), at p.229.

(44) Bynkershoek, in this respect, wrote that "the territorial dominion of the state extended as far as projectiles could be thrown from cannon on the shore." Quoted from Jessup, op. cit., n.12, at p.6, see also p.22. For further discussion on the cannon-shot rule, see Wilder, R.J., "The Three-Mile Territorial Sea: Its Origins and Implications for Contemporary Offshore Federalism," 32 *VJIL* (1991-92), at pp.699-706.

adopted almost unchanged[34] in the 1958 Territorial Sea and the Contiguous Zone Convention. They were worded as follows:

Article 1(1) "The sovereignty of a State extends, beyond its land territory and its internal waters, to a belt of sea adjacent to its coast, described as the territorial sea".

Article 2 "The sovereignty of a coastal State extends to the air space over the territorial sea as well as to its bed and subsoil".

These Articles, which were reproduced in the 1982 Law of the Sea Convention[35] with some minor modifications[36], were said by the World Court in the *Nicaragua Case* to, "merely respond to firmly established and longstanding tenets of customary international law"[37].

It should be noted that designating the territorial sea as an area of sovereignty entitles a coastal state to exercise prescriptive and enforcement jurisdiction over this area. The aim of such entitlement is to provide a coastal state with the necessary means to protect its interest in the territorial sea area. An example of this is the authorization in Article 21(1) of the 1982 Convention for a coastal state to adopt laws and regulations in respect to all or any of the specific issues listed in the Article. These matters included navigation, fisheries, customs and immigration laws[38]. Another example is the right of a coastal state to take the necessary steps in its

---

(34) Except for the insertion of the words "beyond its land territory and its internal waters." For the motive behind this insertion, see *ILC Yearbook* (1952), at pp.145-52; *UNCLOS I Official Records*, vol. 3, at p.247 and p.117; see also O'Connell, op. cit., n.5, at p.81.

(35) For further discussion on this convention, see below.

(36) These modifications are two: first the insertion of the words " in the case of an archipelagic State, its archipelagic waters" after that to internal waters; second, Articles 1 and 2 were merged into Article 2 of the 1982 Convention.

(37) *Nicaragua* v. *US Case* of 1986, at para.212. A similar view was held by the Newfoundland Court of Appeal in the case concerning *Reference re Mineral and Other Natural Resources of the Continental Shelf Case (1983), 145 Dominion Law Reports* 3d (1983), at p.23.

(38) Para. 3 of Article 21 calls on the coastal state that it "shall give due publicity to all such laws and regulations."

the High Seas[29] and the Continental Shelf Convention[30].

There was no unanimity among writers with respect to the status of the Geneva Conventions of 1958 in customary law. O'Connell, for example, stated that:

> What is now clear is that the Geneva Conventions cannot be regarded as a package all of the provisions of which are incumbent without regard to their genesis or character.
> For parties they are such a package, but for non-parties their rules apply only inasmuch as they are customary rules[31].

Shaw has made a distinction between the Geneva Convention on the high seas and the other three conventions:

> The 1958 Convention on the High Seas was stated in its Preamble to be "generally declaratory of established principles of international law", while the other three 1958 instruments can be generally accepted as containing both reiterations of existing rules and new rules[32].

Bowett finally asserted that:

> There are already clear indications that these Conventions have achieved a status as evidence of what present international law is far beyond that which is apparent from the list of formal ratification's[33].

As this work is concerned with the regime of territorial sea, only one of the four Geneva Conventions is relevant namely the Territorial Sea and the Contiguous Zone Convention. The status of the relevant articles from this convention have been highlighted elsewhere in this paper.

(3) The 1958 Territorial Sea and the Contiguous Zone Convention

The formula of Articles 1 (1) and 2 of the ILC final report of 1956 were

(29) Which came into force on 20 March 1966, see Ibid., at p.692.

(30) Which came into force on 10 June 1964, see Ibid., at p.694.

(31) O'Connell, op. cit., n.5, at p.23. To the same effect, see Gilmore, op. cit., n.20, at p.2, para.2.

(32) Shaw, op. cit., n.22, at p.338.

(33) Bowett, D.W., *The Law of the Sea*, Manchester University Press, Manchester (1967), at p.4.

progressive development[22]. The task of codification of the law of the sea was divided into eight sessions, between 1949 and 1956. As far as the regime of the territorial sea was concerned[23] the ILC by the end of its eighth session submitted to the General Assembly a draft of 73 articles concerning the regime of territorial seas and high seas.[24] Article 1(1) of the draft articles removed any remaining doubt concerning the status of the territorial sea as an area where a coastal state hassovereignty[25].

(2) The First United Nations Conference on the Law of the Sea

The first United Nations Conference on the law of the sea was held in Geneva from 24 February to 27 April 1958. The conference yielded four international conventions on the law of the sea;[26] viz. the Territorial Sea and Contiguous Zone Convention[27], the High Seas Convention[28], the Geneva Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of

(22) The Commission adopted the following items as an agenda: Regime of the high seas; regime of the territorial sea; law of treaties; diplomatic and consular intercourse and immunities; state responsibility; Arbitral procedure; question of amending Article 11 of the statute of the Commission; publication of the documents of the Commission; Co-operation with inter-American bodies; date and place of the ninth session; planning of future work of the Commission and other business. See ILC Yearbook (1956), vol.2, at p.253, para.5. See also Shaw, M., *International Law*, 3rd ed, Cambridge University Press, Cambridge (1991), at p.96; *Oppenheim's International Law*, 9th ed., vol. I, Peace, Jennings and Watts (eds.), Longman, London (1996), at pp.103-10.

(23) 23 The ILC used the Hague Conference work as the basis of its task, see Churchill and Lowe, op. cit., n.13, at p.63.

(24) Whiteman, M.M., *Digest of International Law*, vol. 4, Department of State Publication, Washington (1965), at p.1.

(25) Article 1(1) provided that: "The sovereignty of a state extends to a belt of sea adjacent to its coast, described as the territorial sea." See Report of the International Law Commission covering the work of its eighth session, 23 April-4 July 1956, *ILC Yearbook* (1956), vol.2, at p.265. See also Oppenheim's, op. cit., n.22, at pp.600-1.

(26) In addition, the conference adopted an Optional Protocol of signature concerning the compulsory settlement of disputes.

(27) Which came into force on 10 September 1964. See *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary General*, UN publications, New York (1986), at p.677.

(28) Which came into force on 30 September 1962, see Ibid., at p.684.

sea"(15) This tendency was mirrored in the Hague Conference of 1930(16), where the majority of the participating states was in favor of coastal states exercising sovereignty over the territorial sea(17). The conference, nevertheless, failed to come out with a convention on the territorial sea regime. This was due to the difficulties of reconciling the different kinds and degrees of states' interests in respect to the width of the territorial sea(18).

In the period following the Hague Conference up to 1949 the "controversy [over] the juridical natural of the territorial sea waned"(19). This was reflected in most subsequent state practice and in the writings of most scholars on the subject, where the territorial sea was regarded as a sea under the sovereignty of the coastal state(20).

Attempts to codify state practice

(1) The International Law Commission

The International Law Commission [hereafter ILC] was "established in pursuance of General Assembly resolution 174 (II) of 21 November 1947, and in accordance with the statute of the Commission annexed thereto"(21). It was in charge of codifying the rules of international law and promoting its

(15) Churchill and Lowe, *op. cit.*, n.13, at p. 62; O'Connell, *op. cit.*, n.5, at p.74.

(16) The Hague Conference was the first attempt under the League of Nations to codify the rules of the law of the sea.

(17) Indeed, this approach was adopted in the final text of the Second Committee, which was put before the Hague Conference. For the text of the Second Committee, see *League of Nations Conference for the Codification of International Law (1930)*, Rosenne S. (ed.), vol.4, Oceana Publications Inc., Dobbs Ferry, New York (1975) at p.1414; O'Connell, op. cit., n.13, at pp.347-51.

(18) See below.

(19) O'Connell, *op. cit.*, n.13, at p.343.

(20) Ibid., at pp. 352-7. See also *Abu-Dhabi Arbitration*, at pp.151-2; Churchill and Lowe, op. cit., n.13, at pp.62-3; Gilmore, W., "Sea and Continental Shelf," 21 *The Laws of Scotland* (1994), at p.11, para.11.

(21) The Report of the ILC to the General Assembly, *ILC Yearbook* (1956), vol.2, at p.253, para.1.

The *res nullius* theory asserted that the territorial sea is property like land, but subject to the right of innocent passage for foreign ships. However, the "property" theory was rejected by many writers, especially in Germany[10], on the grounds that the sea, unlike the mainland, was incapable of appropriation. Consequently, a coastal state should be regarded as merely possessing rights of jurisdiction[11]. By the nineteenth century, the doctrine of territorial sea had become accepted in customary law, and a distinction had been made between the high seas and territorial seas[12]. The former were free and open to all, whereas the latter were subject to coastal states' exclusive rights and jurisdiction. State practice during this period, in regard to the nature of territorial sea, fell into two categories. (1) those, such as Britain and America who claimed sovereignty and plenary jurisdiction over a belt of water surrounding their coasts; (2) those, such as France and Spain, who did not claim sovereignty but merely jurisdiction, for specific purposes over the sea adjoining their coasts[13].

The position of the first group of states was gradually preferred by a number of writers in the early twentieth century[14], and the tendency in state practice was to recognize that "coastal states have sovereignty over their territorial

(10) Raumstheorie, for example, argued that: "Sovereignty is not the equation of property: it is not a right over territory, but the right to rule over it." Quoted from O'Connell, op. cit., n.5, at p.66. For a detailed survey of the early academic controversy and states' position on the juridical nature of the territorial sea, see Chapter Three of O'Connell, op. cit., n.5.

(11) Shearer, I.A., "Problems of Jurisdiction and Law Enforcement Against Delinquent Vessels," 35 *ICLQ* (1986), at p.323.

(12) See Elinu Root's argument in the North Atlantic Fisheries. Reproduced in Jessup, P.C., *The Law of Territorial Waters and Maritime Jurisdiction,* G.A. Jennings Co. INC, NewYork (1927), at p.5.

(13) Churchill and Lowe, *The Law of the Sea,* Manchester University Press, New rev. ed., Manchester (1988), at p.60; O'Connell, D.P., "The Juridical Nature of the Territorial Sea," 45 *BYBIL* (1971), at pp.345-7.

(14) O'Connell, op. cit., n.5, at p.72.

Section One
The rules of extending state sovereignty over the territorial sea area

Development of the concept

The idea of sovereignty over the seas appeared in the early seventeenth century when a number of states claimed control and sovereignty over seas adjacent to their coasts[5]. Sweden, for example, claimed sovereignty over the Baltic Sea[6]. Elsewhere, the King of England claimed sovereignty over the British seas[7].

The theory that the sea is a *res nullius*, i.e. belongs to nobody, was the basis in the seventeenth century of the coastal states' extension of their jurisdiction over the sea by effective occupation. The exercise of power from the shore was the most direct and effective mode of occupation[8]. The Permanent Court of Arbitration in the *North Atlantic Coast Fisheries Case* held in this respect that:

> The marginal strip of the territorial waters based originally on the cannon-shot, was founded on the necessity of the riparian State to protect itself from outward attack, by providing something in the nature of an insulating zone[9].

---

(5) O'Connell, D.P., *The International Law of the Sea*, vol. 1, Shearer (ed.),Clarendon Press, Oxford (1982), at pp.2-3.

(6) Ibid.

(7) Ibid., at p.7. For more details on the origin of the territorial sea and on state practice in this regard, see Wilder, R.J., "The Three-Mile Territorial Sea: Its Origins and Implications for Contemporary Offshore Federalism," 32 *Virginia Journal of International Law* (1991-1992), at pp. 689-97.

(8) As will be seen this theory later yielded to the "cannon-shot" rule of measuring the breadth of the territorial sea.

(9) *North Atlantic Coast Fisheries Case*, at p.205.

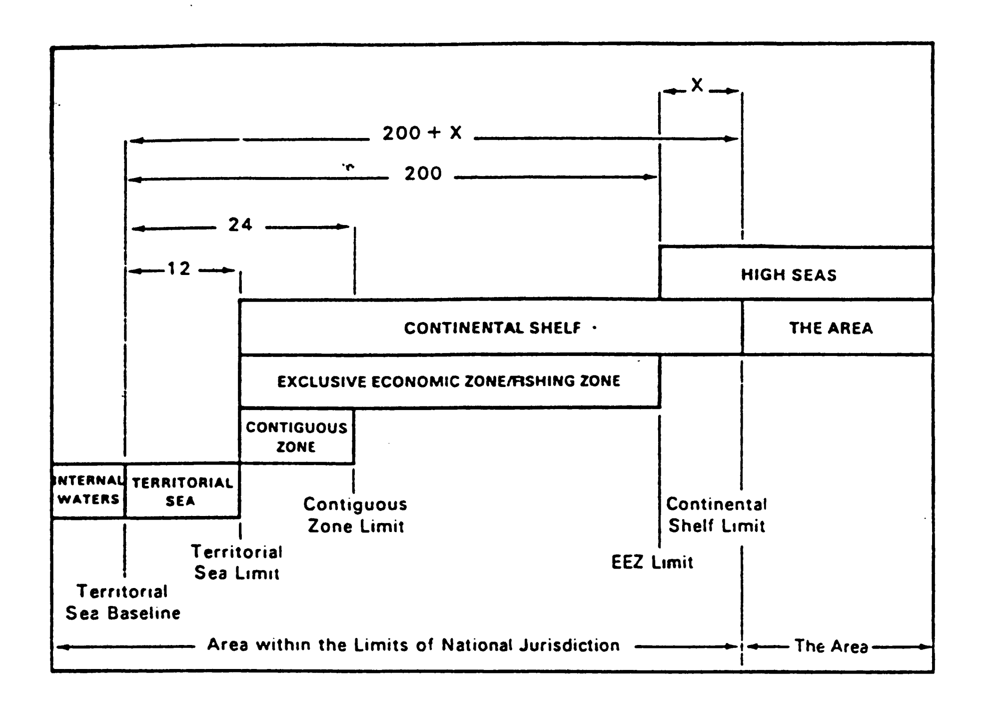


Figure: (١) Maritime zones within national jurisdiction.
Source: Brown, E.D., *Sea-Bed Energy and Minerals: The International Legal Regime*, vol. 1, Continental Shelf, 2nd ed, Martinus Nijhoff Publishers, the Netherlands, (1992), at p.12

Throughout history, states have employed different measures to protect the security of their land territories and the interests of their people. Extending coastal state control and jurisdiction over off-shore zones has been one of these measures[1]. This projection, however, obviously has an impact on the right of other states to enjoy the freedom of the seas for all[2]. International law in general recognizes the rights of coastal states to claim a territorial sea, contiguous zone, continental shelf and EEZ[3]. Figure 1 below illustrates these four zones. Moreover, international law lays down specific rules that govern the rights and duties of coastal states in these areas, and the rules which determine the outer limit and the boundaries of these zones[4]. In this paper we will discuss the regime of territorial sea in terms of its outer limit, and the rules of territorial sea boundary delimitation. Our treatment of the subject falls into three broad categories. Firstly, we explain the relevant rules and recount the actual practice of various states in the period prior to 1958. Secondly, we study the approach taken in the 1958 Geneva Conventions and the 1982 Law of the Sea Convention. Finally, we consider the situation in the UAE. For ease and clarity of exposition this paper has been divided into two sections: (1) the rules of extending state sovereignty over the territorial sea area; (2) the rules of delimitation for the territorial sea boundary.

---

(1) Fitzmaurice, G., *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge (1995), at p.204. See also the decision of the PCIJ in North Atlantic Coast Fisheries Case (1910), 11 *United Nations Reports of International Arbitral Awards*, at p.205.

(2) Fitzmaurice, op. cit., n.1, at p.204.

(3) Internal waters is one of the maritime areas which are recognized by international law. However, since this area is on the landward side of the baseline, it is extremely unlikely that there would be any question of a delimitation of its boundary with other states. Judge Oda, in his dissenting opinion in the Gulf of Fonseca Case, held to the conclusion that "the internal waters of one state can not abut the internal waters of another state." See *ICJ Reports 1992*, at p.746, para. 24.

(4) For a definition of the terms maritime boundary, see Jagota, S.P., "Maritime Boundary," 171 *AcadÈmie De Droit International* (1981-II), at p.90.



The rules of territorial sea boundary delimitation with particular reference to the UAE Federal Law of 1993

By

Matar Al-Neyadi *

* Ph.D in International from the University of Edinburgh.
E-mail: matar 97@ emirates.net.ae

الدراسات والبحوث المحكَمة

(باللغة الإنجليزية)

(b) Publishing Rules :

1- The Journal of Sharia and Law publishes original, genuine and indepth studies related to the Islamic jurisprudence (Fiqh) and the law.

2 - Contributions may be written in Arabic, English or French, ranging from 5,000 to 10,000 words (16 to 32 A4 pages) excluding lists of references, figures, pictures and appendices.

3 - Contributions must not be a part of the writer's Ph.D or MA thesis, and must not have been published before in any form or submitted for publication to any other journal. The author is required to submit a statement to this effect.

4 - Authors are advised to observe academic rules with regard to references, footnotes, sources, and all other rules of research . References and footnotes should be cited properly .

5 - Contributions must be carefully written and Sharia texts must be clearly indicated.

6 - Contributions should be free from any linguistic and spelling errors, numbered in the Arabic stylc.

7 - Contributions should be typed on a typewriter, computer. Three copies should be sent to the editorial board of the journal.

8 - Authors are required to include a summary of their academic qualifications and publications .

9 - All Contributions are subject to confidential review by outside referees.

11- Decision taken about suitability of article for publication slall be communicated to authors withim a maximum period of two months from the date of their arrival.

12- Lists of internal and external referees are prepared by the academic departments of the Faculty and submitted to the editorial board for approval. Selected referees shall be paid honorarium amounts in accordance with UAE University rules .

13- Priority for publishing contributions is given according to the folowing criteria :

a- the importonce of the topic to UAE society.
b- Date of article's arrival .
c- Diversity of topics and writers.

Journal of Sharia and Law
Objectives and Publishing Rules

(a) Journal objectives :

The journal of the Faculty of Sharia and Law of the United Arab Emirates University is a specialized, refereed annual publication The objectives of the journal are as follows :

1 - Publishing original articles written by specialists in the fields of sharia (Islamic Law) and law in general in order to enrich these two fields and create opportunities for faculty members of Sharia and Law of the UAE University to publish their work and broaden their perspectives on complex legal issues which are of great importance to legal scholars and the society at large.
2 - Strengthening The academic and scientific contacts between the Faculty of Sharia and Law of the UAE University and other Universities in the World.
3 - Analyzing contemporary issues within the framework of the sharia and law, especially the issues relating to the UAE, the Arab world, and Islamic Nations.
4 - Studying the academic trends in the fields of Sharia and law and assessing current legal developments as demonstrated in new publications in the fields of sharia and law , and in the dissertations submitted to Gulf, Arab, Islamic and international universities all over the world as well as conferences and siminars dealing with human and environmental issues as relatd to above topics. This is in additton to news about Arabic and Islamic intellectual heritage, religious and legal opinions. The Journal of the Faculty of Sharia and Law provides a forum for commenting and analyzing the judgements of the courts of the UAE and of the other Arab States .
5 - Creating opportunities for academic exchange of views with similar journals.

Contents

Editorial Board

IN THE NAME OF
ALLAH,
MOST GRACIOUS,
MOST MERCIFUL



United Arab Emirates University

JOURNAL

OF

SHARI'A AND LAW



" A REFEREED ACADEMIC PUBLICATION "

ISSUE NO 12/ Thul-qi'adah 1419 - February 1999